



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação

**UMA ANÁLISE DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO SOB O PRISMA
DA INTERAÇÃO EXISTENTE ENTRE OS PODERES EXECUTIVO,
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO**

ALEXANDRE GOMES DE SOUZA JÚNIOR

**Brasília
2013**

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**UMA ANÁLISE DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO SOB O PRISMA
DA INTERAÇÃO EXISTENTE ENTRE OS PODERES EXECUTIVO,
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO**

ALEXANDRE GOMES DE SOUZA JÚNIOR

Monografia apresentada como requisito à
obtenção de grau de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB, elaborada sob
orientação do Prof. Othon de Azevedo Lopes.

**Brasília
2013**

ALEXANDRE GOMES DE SOUZA JÚNIOR

**UMA ANÁLISE DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO SOB O PRISMA
DA INTERAÇÃO EXISTENTE ENTRE OS PODERES EXECUTIVO,
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito à obtenção de grau de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges

Prof. Dr. Valcir Gassen

DEDICATÓRIA

A Deus.

Ao meu inesquecível irmão Juvêncio, sempre em meu coração.

Ao meu saudoso cunhado Victor.

A meus pais e à Hilda, pessoas a quem, no ensejo, aproveito para me desculpar pelos momentos de ausência em todos esses anos.

À Schimel, um “presentinho” de Deus.

A meus irmãos, sogros, cunhados, sobrinhos, tios, primos e amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

A todos os meus amigos da Universidade de Brasília - UnB, especialmente aos “Doutores” André Milhomem, Evaldo, Fabrício, João Augusto, Mauro e Thales.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito da UnB, com menção especial aos professores Othon de Azevedo Lopes, Antônio de Moura Borges e Valcir Gassen.

À Unb por mais esta oportunidade.

“Porque Deus é bom, nos deixa plantar o que quisermos. E porque Deus é justo, nós colhemos o que plantamos”.

(Autor desconhecido)

RESUMO

O trabalho busca realizar um estudo sobre o sistema orçamentário pátrio, a partir de uma rigorosa pesquisa doutrinária e documental, envolvendo, logicamente, questões normativas e jurisprudenciais atinentes ao assunto. Dado o protagonismo, nesta matéria, do Executivo e do Legislativo, qualquer pesquisa séria não poderia prescindir, em um primeiro momento, de um exame detalhado das relações envolvendo esses dois Poderes. Posteriormente, é inserido, no debate, o Judiciário, possibilitando-se a concretização de uma análise sistemática sobre o tema.

Palavras-chave: sistema orçamentário, separação de poderes, orçamento autorizativo, orçamento impositivo, políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e judicialização do orçamento público.

ABSTRACT

This paper deals to conduct a study on the Brazilian budgeting system, from a strict doctrinal and documentary research involving, logically, normative and jurisprudential issues related to the subject. Given the leading role in this regard of the Executive and the Legislative Branches, any serious research could not do without, at first, a detailed examination of the relationships involving those two Branches. It is then inserted in the debate, the Judicial Branch, enabling the implementation of a systematic analysis on the topic.

Key words: Brazilian budgeting system, separation of powers, authorized budget, prescriptive budget, public policies, existential minimum, reserve of the possible and judicialization of the public budget.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Processos da União em que a Consultoria do MS atuou
Tabela 2	Número atual de aquisições de medicamentos realizadas no âmbito do MS
Tabela 3	Repasse efetuados pelo MS para Estados e Municípios
Tabela 4	Valores pagos por PR e SC no atendimento de ações judiciais de saúde

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CMO	Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização
CN	Congresso Nacional
DRU	Desvinculação de Receitas da União
EC	Emenda Constitucional
LOA	Lei Orçamentária Anual
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MF	Ministério da Fazenda
MS	Ministério da Saúde
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MP	Ministério Público
OPI	Orçamento Plurianual de Investimentos
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PGR	Procuradoria-Geral da República
PPA	Plano Plurianual
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – Aspectos temáticos gerais.....	14
1.1. A teoria da tripartição dos Poderes.....	14
1.1.1 Aspectos históricos:.....	14
1.1.2. Críticas à teoria da Separação dos Poderes:	16
1.1.3. O moderno significado da teoria da Separação dos Poderes:	18
1.2. A atual estrutura orçamentária brasileira:	20
1.2.1 Plano Plurianual:	23
1.2.2. Lei de Diretrizes Orçamentárias:.....	25
1.2.3. Lei Orçamentária Anual:	26
1.3. O processo legislativo orçamentário-constitucional brasileiro:	28
CAPÍTULO 2 – Um estudo do relacionamento Executivo x Legislativo	31
2.1. O caráter político do orçamento brasileiro:	31
2.2. A cultura de desprezo às peças orçamentárias e a questão do orçamento fictício:	34
2.3. A discussão sobre a natureza formal ou material da lei orçamentária anual e o seu impacto sobre a execução da lei orçamentária anual:	39
2.3.1. O orçamento como lei formal:.....	39
2.3.2. O orçamento como lei material:	41
2.4. Uma interpretação do caráter autorizativo da lei orçamentária anual a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988:	44
2.4.1. O caráter autorizativo: algumas razões:	44
2.4.2. A necessidade de uma maior vinculação na execução orçamentária:	47
CAPÍTULO 3 – A polêmica interação existente entre os Poderes Executivo x Judiciário.....	53
3.1. Os direitos sociais como direitos fundamentais:	53
3.1.1. O direito à saúde como direito social fundamental:	55
3.1.2 A análise da constitucionalidade de normas desvinculadoras:	58

3.2.	O mínimo existencial e a reserva do possível:	59
3.2.1.	Políticas públicas, escassez e hierarquização de prioridades:	59
3.2.2.	O mínimo existencial:	63
3.2.3.	A reserva do possível:	65
3.3.	O ativismo judicial em questões orçamentárias:	67
3.3.1.	Aspectos gerais:.....	67
3.3.2.	Teses contrárias:.....	71
3.3.3.	Teses favoráveis:	76
3.3.4.	Crescimento efetivo das despesas públicas a partir de decisões judiciais na área da saúde: um fato inquestionável:	83
CONCLUSÃO : Uma análise sistemática.....		88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		99

INTRODUÇÃO

Fundamentando-se em uma cuidadosa pesquisa doutrinária e documental, que alcança, por decorrência lógica, questões normativas e jurisprudenciais relacionadas ao assunto, realiza-se uma análise do sistema orçamentário brasileiro sob o prisma da interação existente entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

De início, cabe explicar que sempre se elencarão posicionamentos favoráveis e contrários relativos a cada assunto tratado, a fim de que o leitor possa confrontar os diversos pontos de vista existentes.

À primeira vista, dada a amplitude do tema escolhido, tem-se a impressão de se tratar de proposta demasiadamente ousada e tecnicamente inviável, contudo, o objetivo buscado é a realização de um estudo sobre algumas das mais importantes questões presentes na realidade orçamentária brasileira.

Para tanto, o trabalho encontra-se estruturado em três capítulos.

No primeiro deles, serão tratados aspectos temáticos gerais, tais como a teoria da separação dos poderes, a estrutura orçamentária brasileira e o processo legislativo orçamentário-constitucional, com vistas a fornecer uma visão do ambiente normativo-institucional pátrio.

O segundo capítulo enfrenta aspectos específicos que permeiam o relacionamento existente entre os Poderes Executivo e Legislativo durante o processo orçamentário, a exemplo do caráter político presente no sistema brasileiro, a cultura de desprezo às peças orçamentárias; a discussão sobre a natureza formal ou material da lei orçamentária anual e, como consequência, do seu caráter autorizativo ou vinculativo.

Neste capítulo, pela complexidade de que se reveste, será estudado, detalhadamente, se as nossas peças orçamentárias vêm sendo confeccionadas, de fato, sob a orientação das normas e princípios constitucionais. Procura-se, com isso, obter-se um conhecimento real e prático da realidade orçamentária brasileira, pré-requisito necessário para a viabilidade dos estudos posteriores.

O rigoroso tratamento conferido aos capítulos iniciais fará com que se alcance o último capítulo com o embasamento necessário ao entendimento das questões concernentes ao

conflituoso relacionamento presente hoje, na realidade brasileira, envolvendo os Poderes Executivo e Judiciário.

Neste derradeiro capítulo, para a concretização do exame específico do tema “o ativismo do Poder Judiciário brasileiro envolvendo questões orçamentárias”, investigam-se os direitos constitucionais fundamentais, sob a perspectiva da Constituição Federal vigente, com especial destaque, neste aspecto, aos direitos à saúde. São tratados, ainda, diversos assuntos correlacionados, como a constitucionalidade de normas desvinculadoras, como a DRU; os conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível, além do crescimento efetivo, nos últimos anos, de despesas públicas na área da saúde geradas a partir de decisões judiciais.

Por fim, são emitidas conclusões fundamentadas, geradas a partir da análise sistemática de todas as questões tratadas.

CAPÍTULO 1 – Aspectos temáticos gerais

1.1. A teoria da tripartição dos Poderes

1.1.1 Aspectos históricos:

Talvez o primeiro pensador que tenha se preocupado com a questão da separação dos poderes tenha sido Aristóteles. Na sua obra “A política”, ao discorrer sobre a origem do Estado e sobre as formas de governo, o célebre filósofo grego já fazia referência a três poderes, o deliberativo, o executivo e o judiciário.

A contribuição de Aristóteles para a formação da teoria da tripartição dos poderes esgotou-se na identificação das três diferentes funções essenciais de governo, já que não havia, no seu pensamento, nenhuma preocupação com o elemento ‘limitação de poder’. Isso porque, na época em que escreveu sua obra, imperava na Grécia a mais absoluta centralização política, com todo o governo sendo exercido por um único soberano.¹

Dessa forma, a concepção moderna de separação de poderes, não buscou nele a sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais.²

É no século XVII que vai surgir uma primeira sistematização doutrinária da separação dos poderes, com John Locke, baseada, evidentemente, no Estado inglês do seu tempo. Segundo Moraes, Locke também reconheceu, em sua obra “Segundo Tratado de Direito Civil”, três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no âmbito interno, para assegurar a ordem e o direito; e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças.³ Por sua vez, a função legislativa caberia ao Parlamento.

Como uma concepção antiabsolutista do poder, o cerne da filosofia política lockeana consiste na decomposição e no enfraquecimento da soberania absoluta do monarca.

¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. Ed., Rev. e Atual. São Paulo: Método, 201, pp. 425-426.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 218.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. Ed. Atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 366.

Assim, os poderes de elaborar leis e de executá-las encontram-se agora em mãos distintas. Não havia mais espaço para um poder monocrático.

Finalmente com Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, de 1748, a teoria da separação dos poderes é concebida como um sistema em que se conjugam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das constituições.⁴

É ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário, portanto, que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se em separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.⁵

A discussão dessa questão é importante na atualidade, na medida em que esta diferenciação está intimamente relacionada com o papel do Estado na vida social. De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições.⁶

Vê-se, portanto, que, inicialmente, a separação de poderes surgiu com a finalidade exclusiva de proteção da liberdade. Posteriormente, como decorrência do seu natural desenvolvimento, fizeram-se presentes novas concepções, dentre as quais se destaca, como importante objetivo da adoção dessa sistemática, o incremento da eficiência estatal em razão de uma melhor distribuição das atribuições entre os diversos órgãos especializados.

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), originada, para muitos, na genialidade de Montesquieu e aperfeiçoada pelos norte-americanos.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Id.*, pp. 216-217.

⁶ *Ibid.*

Adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandona-se a ideia de uma separação rígida de poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função.

É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem da existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimentos específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio necessários. Sinteticamente, pode-se afirmar que a doutrina da separação dos poderes traduz-se, hodiernamente, em fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmonioso, tendente à realização da vontade política geral.⁷

1.1.2. Críticas à teoria da Separação dos Poderes:

Dallari apresenta algumas críticas ao sistema de separação de poderes⁸.

A primeira restrição feita por ele é no sentido de que tal sistema é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma profunda interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.

Outro argumento importante apresentado pelo autor contra esse sistema é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade, plena de injustiças criadas pelo liberalismo e com acentuadas desigualdades, que

⁷ PAULO; ALEXANDRINO, *op. cit.*, p. 429.

⁸ DALLARI, *op. cit.*, pp. 221-223.

garantiam a efetiva liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação dos poderes.

Apesar desta, houve e tem havido Executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o Poder Legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, dentro do sistema de separação dos poderes, o Legislativo apresenta-se destituído de mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do Executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.

Karl Loewenstein, citado por Dallari, informa que desde o século XVIII se pratica o parlamentarismo e que há muitos exemplos de maior respeito à liberdade e à democracia em Estados parlamentaristas do que em outros que consagram a separação dos poderes.⁹

Ainda, complementa Dallari, críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental a respeito dos poderes e das funções do Estado. Isso porque a teoria da separação dos poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo a sua atuação. Contudo, a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado, que passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando a sua esfera de ação e intensificando a sua participação nas áreas tradicionais.

Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos de separação de poderes. O Legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo Executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O Executivo, por seu lado, não pode ficar a mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Dessarte, para o autor, apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação dos poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente. Em consequência, buscam-se outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência da separação dos poderes. Entre as

⁹ LOEWENSTEIN, Karl *apud* DALLARI, *id.*, p. 221.

tentativas feitas, duas, na visão do autor, merecem destaque por sua amplitude e pelas consequências que acarretam.

A primeira seria a delegação de poderes, que recebida inicialmente com muitas reservas e sob forte oposição, foi aos poucos penetrando nas Constituições. Atualmente, já superada a fase de resistências, é admitida como fato normal, exigindo-se apenas que seja limitada no tempo e quanto ao objeto. Os que ainda temem os seus efeitos, não a recusam totalmente, sustentando, porém, que certas competências devem ser consideradas indelegáveis.

Outra ocorrência mais ou menos frequente é a transferência de competências, por meio de reforma constitucional ou até da promulgação de novas Constituições. Isso tem ocorrido, nos últimos tempos, visando a aumentar as competências do Poder Executivo, gerando, como resultado, a manutenção de órgãos do Poder Legislativo que conservam a sua estrutura tradicional, mas têm um mínimo de participação na formação da vontade do Estado.

1.1.3. O moderno significado da teoria da Separação dos Poderes:

Apesar das duras críticas lançadas por Dallari à teoria da separação dos poderes, outros autores de escol enaltecem a importância desse princípio.

Mendes, Coelho e Branco¹⁰, por exemplo, ensinam que o princípio da separação dos poderes adquiriu o *status* de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não possui Constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.

Lembram com bastante propriedade os mesmos autores que, inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim exigiam as circunstâncias históricas, o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 219-220.

constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais e que nesse contexto de ‘modernização’, teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como é o caso das medidas provisórias, que são editadas com força de lei, bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas.¹¹

Enfatize-se, ademais, que a nossa Constituição Federal declara, explicitamente, que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹² e que é tamanha a importância desse princípio no seio da nossa estrutura constitucional, que se apresenta na condição de cláusula pétrea, estando, portanto, imune a emendas, reformas ou revisões que procurem aboli-lo¹³.

No mesmo sentido, Moraes entende que não existirá um Estado Democrático de Direito sem que haja poderes de Estado e instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Para ele, todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.¹⁴

Defende-se, portanto, uma divisão flexível de poderes, na qual cada poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso considerada típica) e outras de natureza acessória, denominadas atípicas (porque, em princípio, são próprias dos outros poderes). Esse modelo de separação de poderes flexível foi adotado pela Constituição Federal de 1988, de sorte que todos os poderes não exercem exclusivamente as funções estatais que lhes seriam típicas, mas também desempenham funções consideradas atípicas, isto é, assemelhadas às funções típicas de outros poderes.¹⁵

Mendonça emite importante observação no sentido de que é preciso se ter em conta que a separação dos Poderes não representa um fim em si mesmo, caracterizando-se

¹¹ *Id.*, p. 220.

¹² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

¹⁴ MORAES, *op. cit.*, p. 371.

¹⁵ PAULO; ALEXANDRINO, *op. cit.*, p. 427.

como um instrumento para que o Estado possa cumprir suas funções de forma adequada. A lógica do sistema é quebrada quando uma das estruturas passa a ter poder discricionário sobre a realização prática das decisões produzidas pelas demais.¹⁶

Já decidiu o STF (ADIN 98-5/MT) que o princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes há de impor, como padrão, não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e interdependência de Poderes, como concebido e desenvolvido na CF. Temos, portanto, um sistema caracterizado por freios e contrapesos, com faculdades de estatuir e impedir e distribuído entre os órgãos de forma assimétrica.¹⁷

Verificar-se-á, ao longo deste trabalho, como a proeminência do Poder Executivo sobre os demais poderes, no que tange ao processo orçamentário, acaba por ocasionar uma série de distorções importantes no caso brasileiro.

1.2. A atual estrutura orçamentária brasileira:

O orçamento público é o instrumento adotado pela Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nas três esferas de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), no qual são estimadas todas as receitas a serem arrecadadas e fixadas as despesas a serem realizadas no exercício financeiro seguinte, objetivando a continuidade, eficácia, eficiência, efetividade e economicidade na qualidade dos serviços prestados à sociedade. É, portanto, o ato pelo qual o Poder Executivo prevê a arrecadação de receitas e fixa a realização de despesas para o período de um ano e o Poder Legislativo lhe autoriza, por meio de lei, a execução das despesas destinadas ao funcionamento da máquina administrativa.

Segundo conceituação de Baleeiro, o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as

¹⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010a, p. 154.

¹⁷ SANTANA, Izaías José de. **O princípio da separação dos poderes e a implementação das políticas públicas no sistema orçamentário brasileiro**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1119.

despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do País, assim como a arrecadação das receitas já criadas.¹⁸

A CF de 1988 foi bastante inovadora no campo orçamentário e contemplou os diversos avanços conquistados pela sociedade, principalmente no que tange à democratização do planejamento e do orçamento. Foi por meio dela que se sedimentou a ideia de que é inconcebível a elaboração de um orçamento desvinculado de um sistema de planejamento, ou seja, planejamento e orçamento devem estar em estrita consonância.

Adilson Dallari recorda que na vigência das Cartas Constitucionais de 1967 e 1969, o projeto da lei orçamentária anual era elaborado pelo chefe do Poder Executivo e enviado ao CN para exame. Entretanto, a própria Carta Constitucional já estabelecia que o Legislativo não poderia fazer qualquer alteração, devendo concordar com os seus termos até o fim do ano. Caso não fosse aprovado expressamente, ele estaria automaticamente aprovado por decurso de prazo. Assim, o chefe do Executivo decidia livremente sobre prioridades e ações governamentais, abrindo ensejo para a mais deslavada corrupção, especialmente no campo das obras públicas, pois a aplicação dos recursos públicos era ditada pelos interesses pessoais, econômicos ou políticos.¹⁹

Além da própria CF, existem duas outras leis fundamentais no que tange ao tema orçamento público.

A primeira delas, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, foi recepcionada pela CF de 1988 com *status* de lei complementar, estatuinto normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A CF prevê a elaboração de uma lei complementar específica com a finalidade de dispor sobre o exercício financeiro, sua vigência, prazos para elaboração e organização dos instrumentos de planejamento e normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta. Como essa lei ainda não foi elaborada, a Lei nº 4.320/1964 continua em vigor.

Essa lei representou, à época de sua criação, um marco histórico, decisivo e norteador dos orçamentos e planejamentos públicos nacionais, pois, a partir de sua

¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. Ed. Rev. e Atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 521.

¹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Orçamento impositivo**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 311.

publicação, o governo brasileiro começou a utilizar o orçamento-programa, que se caracteriza pelo fato da elaboração orçamentária ser feita em função daquilo que se pretende realizar no futuro, ou seja, é um moderno instrumento de planejamento que permite identificar os programas de trabalho dos governos, seus projetos e atividades, e, ainda, estabelecer os objetivos, as metas, os custos e os resultados alcançados, avaliando-os e divulgando-os com a maior transparência possível. Esse tipo de orçamento contrasta com o chamado “orçamento tradicional ou clássico”, o qual se baseava naquilo que fora realizado. Era um orçamento estático. Tratava-se de um mero inventário de recursos com os quais a Administração realizaria suas tarefas. Daí a denominação que possuía de “lei de meios”.

Em relação a esse assunto, cabe já aqui uma observação: uma excessiva vinculação de receitas públicas, aspecto característico do orçamento brasileiro, e que será tratado em capítulos seguintes deste trabalho, pode prejudicar o planejamento estatal de longo prazo. Isso porque a técnica do orçamento-programa, é por sua própria natureza, resistente a qualquer vinculação *a priori* de receita. Esta espécie orçamentária necessita que os recursos sejam livres, permitindo a realização de obras e serviços de acordo com as necessidades apresentadas, respeitando-se a escala de prioridades que deve embasar a avaliação dos gestores públicos.

Em 4 de maio de 2000, foi editado o outro normativo fundamental, a Lei Complementar nº 101, a denominada “LRF”, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, alcançando também, assim com a Lei nº 4.320/1964, todos os entes federados.

A LRF, regulamentando o artigo 163 da CF, estabelece as normas orientadoras das finanças públicas no País, objetivando aprimorar a responsabilidade na gestão fiscal dos recursos públicos, por meio de ação planejada e transparente que possibilite prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Ela também é considerada marcante na história orçamentário-econômica brasileira, tendo em vista ter procurado alterar um quadro de desajustes fiscais marcados por déficits e dívidas públicas para um cenário de maior controle e previsibilidade de receitas e despesas, buscando alcançar maior eficiência na gestão pública.

Obriga a instituição e a arrecadação de todos os tributos, dificulta a renúncia de receitas e estabelece parâmetros e limites para as despesas. Além disso, impede heranças financeiras desastrosas de uma gestão para outra. Por fim, prevê a participação popular na

discussão da LDO e da LOA, ajudando a direcionar a ação do governo no interesse da maioria da população.

Essas duas leis, portanto, se complementam a respeito das normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal. Explique-se, ainda, que considerando a não edição da lei complementar prevista no § 9º, do art. 165 da CF, vislumbra-se algumas inadequações da Lei nº 4.320/1964 em relação ao novo processo orçamentário vigente, o que tem provocado, ano a ano, a repetição exaustiva de dispositivos da LDO que deveriam constar da referida lei complementar ou que não se encontram expressos na Lei nº 4.320/1964. Esse assunto será mais bem discutido em tópico específico deste trabalho.

Voltando-se à Constituição, um capítulo inteiro foi dedicado às finanças públicas (Capítulo II – Das Finanças Públicas – arts. 163 a 169). Nele, estão disciplinadas as normas gerais acerca do processo orçamentário a serem observadas por todas as unidades da federação.

A CF de 1988, em seu art. 165, dispõe que leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias e III – os orçamentos anuais.

1.2.1 Plano Plurianual:

De acordo com o § 1º do art. 165 da Constituição Federal, a lei do PPA deve estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes; e as relativas aos programas de duração continuada.

Apesar de ser uma lei ordinária, assim como a LDO e, também, como a LOA, tem importância fundamental para as demais, pois serve de base orientadora para a confecção delas. Por esse motivo, deve ser a primeira lei a ser aprovada dentro do processo de planejamento orçamentário, tendo em vista que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais constantes do plano de governo, bem como a LDO e a LOA devem, com ela, manter compatibilidade.

Albuquerque, Medeiros e Feijó esclarecem que o PPA é o instrumento que explicita o modo como o governo enxerga e procura construir o desenvolvimento do Estado. Nesse sentido, traduz, de um lado, o compromisso com estratégias e a visão de futuro e, de outro, a previsão de alocação dos recursos orçamentários nas funções estatais, nos programas de governo e junto aos órgãos públicos, tendo por finalidade influenciar as ações que venham a suprir as necessidades imediatas, segundo estratégias e visão de longo prazo.²⁰

O PPA representa a mais abrangente peça de planejamento e orçamento governamental, uma vez que promove a convergência do conjunto das ações públicas que visam ao cumprimento das estratégias governamentais e dos meios orçamentários necessários à viabilização dos gastos públicos.²¹ Constitui-se numa peça recente na engrenagem orçamentária brasileira, substituindo, a partir de 1988, o OPI, cujo período de abrangência era de apenas três exercícios. Além disso, o PPA supera o OPI ao elencar, além do montante relativo aos dispêndios de capital, as metas físicas, que devem ser alcançadas ao final do mandato, discriminadas por tipo de programa e ação. O PPA detalha, ainda, as despesas que possuem duração continuada, condicionando, portanto, a programação orçamentária anual ao planejamento de longo prazo.

Nos termos da Constituição Federal, § 2º, do art. 35 do ADCT, o projeto do PPA, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, deve ser encaminhado até quatro meses antes do final do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

Dessa forma, no âmbito do Governo Federal, o projeto do PPA deve ser enviado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo até o dia 31 de agosto e este tem até o dia 22 de dezembro para devolvê-lo ao Poder Executivo para fins de sanção e publicação.

Apresenta-se, portanto, como uma lei de vigência quadrienal, que é elaborada no primeiro ano de mandato do chefe do Poder Executivo, para vigorar desde o segundo ano do mandato atual até o primeiro ano do mandato subsequente, representando uma forma de entrelaçar os mandatos, visto que o seu período de execução não coincide exatamente com o do mandato do Chefe do Poder Executivo.

²⁰ ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal**. 2. Ed. Brasília: Editora Gestão Pública, 2008, p. 145.

²¹ *Ibid.*

Segundo as regras atuais, que são transitórias, pois determinadas pelo ADCT, enquanto um mandatário no primeiro ano de seu governo encerra o PPA de seu antecessor, elabora o seu próprio PPA para execução nos três anos restantes, ficando um ano para ser executado pelo seu sucessor. Essa regra deve vigorar até a entrada em vigor da lei complementar prevista no § 9º, do art. 165 da CF.

O § 1º, do art. 167, da CF, determina, ainda, que nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no PPA, ou lei que autorize a sua inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Tendo em vista que as condições socioeconômicas encontram-se em permanente mutação, é importante consignar que o PPA, por se tratar de uma lei que se refere aos próximos quatro exercícios, poderá sofrer algumas alterações durante a sua vigência, fato que não é bem aceito por parte da doutrina que entende ser um contrassenso permitir-se que qualquer lei ordinária, incluindo a própria LOA, altere, inclusive de forma significativa, o PPA, considerando que este se configura, como acima exposto, o marco inicial de todo o processo orçamentário brasileiro.

1.2.2. Lei de Diretrizes Orçamentárias:

A LDO, que é anual como a LOA, de acordo com o § 2º do art. 165 da CF, *“compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”*.

Trata-se de uma inovação da CF de 1988, derivada do direito alemão, e representa o elo entre o PPA, que funciona como um plano de governo, e a LOA, instrumento de viabilização da execução dos programas governamentais.

O projeto da LDO será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, exigindo a CF a sua devolução, para sanção e publicação, até o final do primeiro período da sessão legislativa, conforme determina o § 2º, do art. 35 do ADCT. Portanto, deverá ser remetido pelo Poder Executivo ao CN até o dia 15 de abril, que terá até o

dia 17 de julho para apreciação, votação, aprovação e devolução da LDO ao Poder Executivo para fins de sanção e publicação.

O CN não poderá entrar em recesso no período de julho enquanto não for aprovada a LDO, conforme prescreve o § 2º, do art. 57 da CF: *“a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias”*.

Ademais, as emendas do projeto da LDO não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o PPA, nos termos do § 4º, do art. 166 da CF.

São necessárias quatro LDOs para completar o ciclo de cada PPA. Nesse sentido, Oliveira leciona que *“a ordinária vinculação da LDO a um exercício financeiro determinado define-lhe a natureza essencialmente transitória, atribuindo-lhe, em consequência, eficácia temporal limitada”*.²²

Atualmente, no âmbito da Administração Federal, e em função da não aprovação do projeto de lei complementar previsto no § 9º, do art. 165 da CF, que deverá substituir a Lei nº 4.320/1964, a LDO promove muitas alterações nos métodos e técnicas orçamentárias existentes, com vistas a possibilitar a utilização, pelo menos por parte do Governo Federal, dos constantes aperfeiçoamentos efetuados no processo orçamentário, como resultado natural da evolução do orçamento público. Todavia, dado o seu curto período de vigência da LDO, essas alterações precisam constar anualmente em texto para que continuem tendo aplicação.

Além disso, com a publicação da LRF, a LDO passou a ter importância maior ainda, tendo em vista que lhe foram atribuídas novas funções, entre as quais se destacam o equilíbrio entre receita e despesa; formas de limitação de empenho, além da inclusão dos anexos de metas fiscais e riscos fiscais. A LRF, além de aumentar o seu conteúdo, a transformou no principal instrumento de planejamento para uma administração orçamentária equilibrada.

1.2.3. Lei Orçamentária Anual:

Ensina Oliveira que o orçamento moderno se constitui em peça importante na vida das nações. Deixou de ser mero documento financeiro ou contábil para se transformar no

²² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4. Ed., Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 388.

instrumento de ação do Estado. Por meio dele é que se fixam os objetivos a serem atingidos, assumindo funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, abandonou o antigo caráter de mera peça estática de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico e solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos. Tem seu aspecto político, porque revela desígnios sociais e regionais, na destinação de verbas; econômico, porque manifesta a atualidade econômica; técnico, com o cálculo de receitas e despesas; e jurídico, pelo atendimento às normas constitucionais e legais.²³

Os orçamentos anuais são tratados no § 5º do artigo 165, que estabelece que a lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 inovou com a criação de três esferas de orçamento, compondo a LOA.

O orçamento fiscal compreende a grande maioria das receitas e despesas da União. Entre as receitas se destacam as tributárias e as oriundas da captação de recursos por meio de operações de crédito, que são empréstimos, financiamentos e emissão de títulos públicos. Nas despesas, encontram-se as relativas ao pessoal ativo, custeio e investimentos, bem como os gastos concernentes ao pagamento de juros e à amortização da dívida. Também compõem a esfera fiscal, os valores referentes ao refinanciamento da dívida.

No orçamento da seguridade social, visualizam-se, entre outras, as receitas de contribuições sociais e as despesas relativas ao pagamento de inativos e pensionistas. Nele, são incluídos todos os gastos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No orçamento de investimentos das estatais, conforme o procedimento empregado no âmbito do Governo Federal, devem estar contemplados apenas os gastos com aquisição de

²³ *Id.*, p. 362.

ativo imobilizado e os recursos destinados ao seu financiamento (próprios, oriundos de empréstimos ou de aumento de participação acionária, etc.).

O projeto da LOA da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido, para sanção, até o final da sessão legislativa, conforme determina o art. 35, § 2º, do ADCT, ou seja, o projeto de lei deve ser enviado pelo Poder Executivo até o dia 31 de agosto ao Poder Legislativo, que tem até o dia 22 de dezembro para aprová-lo, devendo devolvê-lo para sanção e publicação até o final do exercício financeiro, a fim de que o novo orçamento entre em vigor a partir de 1º de janeiro do ano seguinte.

Pela Constituição Federal, inciso I, do art. 167, é vedado o início de programas ou projetos não incluídos na LOA. As emendas ao projeto de lei do orçamento ou aos projetos de créditos adicionais somente podem ser aprovados caso sejam compatíveis com o PPA e com a LDO, em conformidade com o inciso I do § 3º, do art. 166 de nossa Carta Magna.

Consoante previsto no § 7º, do art. 165 da CF, o orçamento fiscal e o orçamento de investimentos das estatais, compatibilizados com o PPA, têm o objetivo de reduzir as desigualdades entre as regiões, segundo critério populacional.

Além de estimar as receitas e fixar as despesas, a LOA, conforme prevê o § 8º, do art. 165 da CF, poderá conter autorização para a abertura de créditos suplementares e para a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita.

As receitas das contribuições de interesse de categorias profissionais não transitam nos orçamentos da União, sendo diretamente vinculadas às entidades que as instituíram, tais como o Conselho Regional de Contabilidade - CRC e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

1.3. O processo legislativo orçamentário-constitucional brasileiro:

Amparadas na CF, as regras pertencentes ao processo legislativo orçamentário são de observância obrigatória por todos os entes governamentais. Assim, naquilo que não for

aplicável apenas à União, as demais normas constitucionais sobre o processo legislativo estendem-se a todos os componentes da federação.²⁴

As leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) são de iniciativa do Poder Executivo e são enviadas ao CN pelo Presidente da República. Configura-se uma iniciativa privativa e indelegável, conforme o art. 84, XXIII, parágrafo único da CF. Ademais, a omissão do Chefe do Executivo constituirá crime de responsabilidade.

Pascoal esclarece que se trata de um processo legislativo especial, pois a CF estabelece, em regra, uma apreciação conjunta da matéria, restrições à proposição de emendas pelos parlamentares, impedimentos em relação à possibilidade de rejeição das leis e, ainda, institui um limite temporal para a concretização da deliberação.²⁵

O art. 166 da CF dispõe que a votação se dará de forma conjunta pelas duas Casas do CN, na forma do regimento comum, após a apreciação prévia por uma comissão mista de deputados e senadores, que examinará e emitirá pareceres sobre os projetos, depois de analisadas as emendas, que também deverão ser apresentadas perante à CMO. Ressalte-se que, embora a sessão de apreciação das leis orçamentárias (discussão e votação) seja conjunta, a apuração dos votos dar-se-á separadamente, sendo que a não-obtenção de maioria simples em pelo menos uma das Casas importará na rejeição do projeto.

Cabe enfatizar que este procedimento aplica-se indistintamente à tramitação dos projetos de lei pertinentes ao PPA, LDO, LOA e créditos suplementares e especiais. No que concerne aos créditos extraordinários, a tramitação é diferente, tendo em vista estes serem abertos via medida provisória.

As emendas somente podem ser aprovadas se forem compatíveis com o PPA e com a LDO, se indicarem os recursos necessários por meio de anulações de despesas, excluídas as que incidirem sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviços da dívida e transferências tributárias constitucionais, ou, ainda, se estiverem relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto de projeto de lei. Devem ser apresentadas à CMO, que sobre elas emitirá um parecer, que, posteriormente, deverá ser apreciado pelo Plenário das duas Casas do CN. A CMO também ficará incumbida da redação final do projeto de lei.

²⁴ GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 266-267.

²⁵ PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 48.

No transcurso da apreciação, o Poder Executivo poderá encaminhar mensagem retificadora da proposta ao CN, propondo alterações nos projetos referentes ao PPA, LDO, LOA e créditos adicionais. Contudo, tal procedimento somente poderá ocorrer enquanto não iniciada a votação, na CMO, da parte que se pretende alterar.

Obedecidas essas regras especiais, as leis orçamentárias serão apreciadas à luz das demais normas do processo legislativo (decretação, sanção, promulgação, veto, informação das razões de veto, etc.).²⁶

O Poder Judiciário e o MP, por possuírem autonomia orçamentário-financeira, elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos na LDO e as enviarão ao Poder Executivo para unificação e posterior envio ao Poder Legislativo.

De outra parte, o § 3º, do art. 12 da LRF determina que o Poder Executivo de cada ente coloque à disposição dos demais Poderes e do MP, para conhecimento, todos os estudos, memórias de cálculos e estimativas das receitas para o exercício subsequente, antes do encaminhamento do projeto de lei orçamentária para votação.

A doutrina dominante entende que o Legislativo não pode rejeitar o projeto do PPA e da LDO. Por outro lado, a LOA pode ser rejeitada por expressa dicção do § 8º, do art. 166 da CF, consoante o qual, os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes, poderão ser usados mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Estabelecido o ambiente orçamentário constitucional-normativo vigente no Brasil, adentra-se em questões mais específicas relacionadas ao presente tema.

²⁶ Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...)

§ 7º - Aplicam-se aos projetos mencionados neste artigo, no que não contrariar o disposto nesta seção, as demais normas relativas ao processo legislativo.

CAPÍTULO 2 – Um estudo do relacionamento Executivo x Legislativo

2.1. O caráter político do orçamento brasileiro:

Após realizado um breve estudo de aspectos normativo-legais do sistema orçamentário pátrio, não pode deixar de ser tratado, mesmo que resumidamente, o caráter político que permeia todo o processo de aprovação da lei orçamentária anual.

As leis orçamentárias condensam diversos interesses, muitas vezes antagônicos, existentes em certo instante na sociedade. De fato, há uma disputa, não apenas entre os vários grupos sociais, mas, frequentemente, entre órgãos e departamentos do próprio Estado em torno da destinação dos recursos públicos que, por pressuposto lógico, são limitados. O resultado final dependerá da conjuntura institucional vigorante quando da elaboração das peças, pesando também os compromissos assumidos no passado e que devam ser satisfeitos.²⁷

Sabbag expõe que embora o processo legislativo orçamentário constitua oportunidade correta e palco adequado para que o governo e sociedade reflitam sobre o destino do recurso público, principal instrumento para a viabilização das políticas do Estado, na realidade não são discutidos os grandes temas nacionais, estratégias para o desenvolvimento ou macrodecisões econômico-financeiras. O que importa, de verdade, fica sempre ofuscado pelo varejo orçamentário, pela acomodação política do sistema e seus atores, que se esforçam em atuações pouco nobres para o andamento dos projetos e cumprimento formal dos prazos.²⁸

É como se as emendas, os contingenciamentos, a composição da CMO e os bastidores das dotações possuíssem relevância institucional, tomando o lugar do debate ético e profundo que deveria existir sobre os rumos nacionais. De um modo geral, o interesse recai sobre temas pontuais ou com apelo midiático, pouco ou nada se falando, com um mínimo de rigor, a respeito da necessária compatibilidade entre grandes decisões financeiras e mandamentos constitucionais.²⁹

²⁷ MARTINS, Marcelo Guerra. **As vinculações das receitas públicas no orçamento. A desvinculação das receitas da união (dru). As contribuições e a referibilidade.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 824.

²⁸ SABBAG, César de Moraes. **Breves considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 454.

²⁹ *Ibid.*

Santos, Machado e Rocha, em estudo específico sobre o assunto, expõem que a CMO distingue-se, ao longo do processo orçamentário, como a grande arena de convergência e disputa de diversos e variados interesses em torno da distribuição de recursos públicos. Segue-se, assim, a análise do ‘jogo’ orçamentário: ao Executivo – aí compreendido a Presidência da República e os Ministérios da área econômica – interessa garantir recursos orçamentários para os seus programas prioritários e, no atual contexto de estabilização da economia, cortar gastos. Ao Legislativo interessa primordialmente aprovar as emendas dos parlamentares e, apenas, secundariamente, garantir dotação orçamentária para projetos programáticos de cunho macroestrutural. Enquanto isso, os governadores de Estado, os prefeitos e os grupos sociais que também se manifestam, com destaque para as empreiteiras, agem para garantir as emendas de seu interesse.³⁰

A mobilização dos parlamentares, governadores e prefeitos para a aprovação das suas emendas ocorre em função do desejo de aumento dos seus ganhos eleitorais. Às empreiteiras interessa incrementar seus ganhos privados. As agências burocráticas ora seguem a lógica do Executivo, ao qual pertencem, ora a dos atores com interesse próprio, neste caso, garantindo dotação orçamentária para seus programas e projetos, procurando, assim, maximizar seus ganhos político-institucionais.

De acordo com Assis, na ânsia de aprovar as suas emendas individuais, os parlamentares empregam todos os meios a seu alcance para mantê-las no projeto orçamentário e pouco, ou quase nenhuma atenção, dispensam à proposta como um todo. Com isso, não é de se estranhar que a LOA seja, na verdade, a imposição de vontade do Executivo, restando ao Legislativo, apenas um papel de ficção, de mero ratificador dos interesses do governo.³¹

Em razão disso, há quem defenda na doutrina a extinção das emendas parlamentares. Cita Assis, que dentre os autores que a postulam encontra-se Ricardo Lobo Torres, para quem um dos mais delicados assuntos no regime democrático é o da tramitação das emendas no orçamento. Da mesma forma que a iniciativa da lei orçamentária é reservada ao Executivo, já que somente ele detém as informações e os elementos necessários a sua elaboração, também as emendas não podem ficar ao arbítrio do Legislativo, já que é uma

³⁰ SANTOS, Maria Helena de Castro; MACHADO, Érica Máximo; ROCHA, Paulo Eduardo Nunes de Moura. **O jogo orçamentário da união: relações executivo-legislativo na terra do *pork-barrel***. In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (Coord.). **Reforma do estado e democracia no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 94-95.

³¹ TORRES, Ricardo Lobo *apud* ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público: função de controle do parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 217-218.

tendência universal estabelecer-se algumas limitações ao poder de legislar sobre o orçamento.³²

As críticas às emendas individuais, ainda, giram no sentido de que esse tipo de atividade estimula o clientelismo e mantém uma relação de mera troca de favores entre os deputados e senadores.

Ademais, elas beneficiam apenas programas pontuais, o que dificulta a construção de uma peça orçamentária verdadeiramente sistematizada, fragmentando-a. Quando se retiram recursos de um programa de maior abrangência e destina-os a ações isoladas, o Parlamento dificulta a construção do orçamento-programa e inviabiliza o planejamento, gerando, em consequência, projetos verdadeiramente independentes.³³

Muitas vezes, a aprovação de uma emenda individual significa destinar recursos da União para a execução de uma obra que deveria ser financiada pelos Estados ou Municípios beneficiados, fazendo com que o ônus da execução proposta seja dividido entre todos os contribuintes nacionais, quando, em realidade, devesse ser arcado apenas pelo ente estatal ou pela população que dela se beneficiará.³⁴

É evidente que o parlamentar, ao agir dessa forma, além de agradar a sua base, também satisfaz os agentes políticos locais, garantindo, em consequência, apoio para as suas campanhas eleitorais. Tal movimento alimenta um ciclo que pode ser caracterizado como vicioso à medida que ajuda a manter a estrutura de poder a partir de recursos do próprio Estado e dificulta, inclusive, a alternância de poder, tão cara e fundamental à democracia brasileira. Ademais, essas emendas desvirtuam o mérito do projeto orçamentário, além de tomar a maior parte do tempo dos parlamentares no processo de votação dos projetos de leis orçamentárias.³⁵

Ao invés de tomarem conhecimento da estrutura global das propostas, ao disputarem espaços para que suas emendas venham a fazer parte do orçamento aprovado pelo CN, os parlamentares acabam por desprezar o princípio da unicidade do orçamento, desconhecendo, quase por completo, as políticas públicas ali formuladas.³⁶

³² *Id.*, p. 218.

³³ *Id.*, pp. 249-250.

³⁴ *Id.*, p. 250.

³⁵ *Id.*, pp. 250-251.

³⁶ *Id.*, p. 251.

Em relação à abertura de créditos extraordinários pelo Executivo, muitas vezes sem a presença dos requisitos obrigatórios da relevância e da urgência, Assis explica que não raro ao Parlamento cabe apenas a ratificação da medida provisória, pois a não aprovação da proposta acarretaria a devolução das quantias previstas e, invariavelmente, já distribuídas e gastas entre os órgãos e unidades beneficiadas. Por essa razão, outra alternativa não possui o Parlamento a não ser ratificar a vontade do governo.

Esse ponto é emblemático, pois se já não bastasse a presença quase que predominante do Executivo no processo de elaboração orçamentária, posteriormente, após a aprovação das peças, a ele é dado também o poder de remanejar recursos por meio de instrumentos que não deveriam servir para tal fim.³⁷

2.2. A cultura de desprezo às peças orçamentárias e a questão do orçamento fictício:

No entender de Oliveira, no período do orçamento tradicional, fase anterior à atual, em que predomina o orçamento-programa, o orçamento apresentava-se apenas como previsão de entradas e gastos públicos, sem maior responsabilidade com a vida do País e sem maior preocupação com a programação. Desvinculado de ideário político, continha mera previsão financeira. Logo, tratava-se de um instrumento neutro.³⁸

Como tal, era o que se denomina peça de ficção, ou seja, uma lei para não ser cumprida. Irrelevante, pois, a previsão legal, uma vez que o dirigente poderia atendê-la, caso lhe aprouvesse, ou deixar de executá-la, em obediência a interesses escusos ou menos nobres.³⁹

Será que essa situação ainda não continua a ocorrer no orçamento brasileiro?

Giacomoni entende que não. Para ele, a alegação de que a não execução de parte dos créditos orçamentários autorizados transforma o orçamento numa ficção é improcedente. A lei orçamentária só poderia ser assim considerada caso o Poder Executivo efetivasse despesas sem a necessária autorização legislativa. Ainda, as determinações da CF de 1988, incorporando à lei orçamentária as receitas e as despesas da seguridade social e de

³⁷ *Id.*, p. 228.

³⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 364.

³⁹ *Ibid.*

financiamento da dívida pública, garantem a efetiva adoção dos princípios da unidade e da universalidade orçamentárias. Não bastassem essas definições, expressas no § 5º, do seu art. 165, a CF, nos incisos I, II, V, VI e VII do art. 167, veda a realização de despesas não previstas e não autorizadas na lei orçamentária.⁴⁰

Afirma, ainda, que antes de qualquer fator, a inflação persistente e em altas taxas foi, certamente, a principal responsável pela descaracterização de qualquer programação orçamentária. Nos períodos de inflação elevada, os valores do orçamento inicial eram rapidamente superados, com a consequente necessidade de retificação das dotações, o que ensejava inúmeras possibilidades de alteração da programação inicialmente autorizada.⁴¹

Petter, ao contrário, acredita que no Brasil ainda não desenvolvemos valores respeitosos às leis orçamentárias votadas e aprovadas. Assim, vige entre nós a cultura do desprezo ao orçamento. Segundo este autor, o desvio na realização dos gastos públicos normalmente ocorre por meio dos seguintes expedientes: a) superestimação das receitas; b) contingenciamento de despesas; c) anulação dos valores empenhados (valores a pagar empenhados e não liquidados até o final do exercício, quando então são transformados em ‘restos a pagar’); d) instituição de fundos, etc.⁴²

Para Adilson Dallari, partidário do mesmo entendimento, no Brasil, o orçamento não é tratado com a devida importância. Os preceitos constitucionais não são rigorosamente obedecidos e a legislação prevista, adequada ao novo tratamento constitucional, ainda não foi editada. Assim sendo, a elaboração do orçamento anual e sua execução, precipuamente quanto aos aspectos contábeis, continua sendo regida pela Lei nº 4320/1964, que, obviamente, não se ajusta plenamente à CF em vigor e nunca foi rigorosamente observada.⁴³

Felizmente, para o mesmo autor, foi editada a LRF, dispondo, com muita propriedade, sobre a gestão fiscal responsável, que pressupõe uma atuação planejada e transparente, visando a assegurar o equilíbrio das contas públicas, e que ainda disciplina os diferentes orçamentos públicos, a gestão financeira, o crédito público e a fiscalização de todas as atividades a isso relacionadas.⁴⁴

Para exemplificar esse descaso com o orçamento, em outra parte de sua obra, Adilson Dallari cita lição de Kiyoshi Harada, para quem, lamentavelmente, entre nós, o

⁴⁰ GIACOMONI, *op. cit.*, p. 293.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² PETTER, Lafayette Josué. **Direito financeiro**. 6. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 43.

⁴³ DALLARI, *op. cit.*, 2011, p. 311.

⁴⁴ *Id.*, p. 312.

orçamento, longe de espelhar um plano de ação governamental, referendado pela sociedade, tende mais para o campo da ficção. Tanto é assim que a União já ficou duas vezes sem orçamento aprovado, como resultado de divergências entre o Parlamento e o Executivo em torno de algumas prioridades nacionais, sem que isso tivesse afetado a rotina governamental.⁴⁵

Mendonça afirma que, em outros países, eventuais impasses em torno da aprovação de um orçamento já produziram e ainda produzem considerável tensão política. No Brasil, o legislador vem optando, nos últimos anos, por permitir que o Executivo realize a execução provisória do projeto de orçamento ainda não aprovado, a fim de evitar a paralisação de despesas consideradas inadiáveis. Essa autorização tem sido introduzida nas sucessivas LDOs.⁴⁶

Adilson Dallari informa, ainda, com propriedade, que o art. 58, IV, da CF, tipifica como crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer comportamento que atente contra a lei orçamentária. Contudo, tal dispositivo nunca foi aplicado e o orçamento, na prática, continua sendo um amontoado de números, com caráter meramente autorizativo.⁴⁷

Cabe ao Executivo a iniciativa de todas as três leis orçamentárias, sendo que o ativismo parlamentar no sentido de alterar os projetos que lhe são encaminhados pelo Poder Executivo, ao menos em suas grandes linhas, conforme exposto no item 2.1., tem-se mostrado muito pequeno na prática brasileira. Além disso, o sistema normativo construído pela CF de 1988 não contribui no sentido de limitar a atividade do Poder Executivo: a necessidade de compatibilização da LOA com o PPA é praticamente inútil, uma vez que tem sido admitida a alteração deste último, sem o correlato dever de demonstração da necessidade real de tal modificação. A consequência dessa ausência de limitação é que o planejamento da ação estatal torna-se menos efetivo.⁴⁸

Obviamente, a execução da despesa depende da arrecadação efetiva da receita, mas isso não significa nem autoriza o puro e simples descumprimento do orçamento, até mesmo de forma transversa, mediante o uso indevido de medidas provisórias. Uma simples consulta à lista das editadas nos últimos anos serve para evidenciar a prodigalidade com a

⁴⁵ HARADA, Kiyoshi *apud* DALLARI, *op. cit.*, 2011, p. 324.

⁴⁶ MENDONÇA, *op. cit.*, 2010a, p. 17.

⁴⁷ DALLARI, *op. cit.*, 2011, p. 324.

⁴⁸ CATAPANI, Márcio Ferro. **A discricionariedade do poder executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264.

qual elas foram justificadas pela necessidade de abertura de créditos extraordinários, quando, na realidade, serviram para atender despesas ordinárias, usuais, sem qualquer urgência, em completo desrespeito ao disposto na CF e no art. 41 da Lei nº 4.320/1964, cujo inciso III deixa claro que tais créditos somente podem ser abertos para despesas urgentes, “*em casos de guerra, comoção intestina ou calamidade pública*”. Paralelamente, projetos e programas efetivamente previstos, e devidamente contemplados com os recursos correspondentes, não são executados ou são implantados apenas parcialmente, sem atingir as metas esperadas.⁴⁹

Em outro trabalho, Giacomoni emite a informação de que as vinculações de receita e os gastos obrigatórios contribuem decisivamente com o incrementalismo orçamentário, prática de elaboração orçamentária caracterizada pela reprodução, para o novo exercício, do orçamento passado, com ajustes marginais proporcionados principalmente por acréscimos de recursos. O incrementalismo, incontornável pela rigidez, cria dificuldades para a desejada integração entre o orçamento e o planejamento, bem como para a adoção de sistemas de orçamento por programas ou de desempenho.⁵⁰ Tal situação, não restam dúvidas, contribui para a criação de orçamentos de certa forma fictícios e desconectados com as reais necessidades e escolhas populares.

Rezende e Cunha entendem que a volatilidade que tem marcado o ambiente macroeconômico faz com que o orçamento seja caracterizado pelo alto grau de incertezas, as quais geram o contingenciamento, que encurta o horizonte da execução orçamentária, dificultando a relação existente entre orçamento e o planejamento. Ademais, a incerteza provoca a busca de alternativas para proteger determinados gastos, aumentando a rigidez do orçamento e, portanto, o espaço para escolhas orçamentárias. A isso se junta a prática de transferir pagamentos para o exercício seguinte, o que, dada a expressividade do volume envolvido, compromete a execução da lei autorizada no próprio exercício.⁵¹

De acordo com os mesmos autores, em outra obra, a necessidade de gerar superávits orçamentários elevados para pagar os juros da dívida acumulada no passado tem evidentemente o seu preço. Ela impõe limites ao orçamento, em especial à ampliação dos gastos com programas que beneficiam diretamente a população. Esses limites são tanto mais

⁴⁹ DALLARI, *op. cit.*, 2011, p. 325.

⁵⁰ GIACOMONI, James. **Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 354.

⁵¹ REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. (Coord.) **O orçamento público e a transição do poder**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 50.

severos quanto maiores forem os gastos com o pagamento dos juros da dívida e os superávits para mantê-la sob controle. Tem sido este o caso do orçamento brasileiro nos últimos anos.⁵²

O endurecimento do controle sobre a execução orçamentária, adotado após a crise de 1998 ter forçado o abandono da âncora cambial, que sustentava a estabilidade do real, e levado à adoção de metas de geração de elevados superávits primários para atender ao mesmo objetivo, demoliu o pouco que ainda restava de pé no campo da racionalidade orçamentária. O contingenciamento das verbas orçamentárias introduziu um jogo de faz-de-conta nas relações do Executivo com o Legislativo, azedando as relações entre ambos e causando sérios danos à qualidade da gestão pública. Para aumentar o controle sobre o gasto, o Executivo passou a encaminhar propostas orçamentárias com receitas subestimadas e sem espaço para a intervenção do CN, o que levava este a reavaliá-las para acomodar as emendas parlamentares ao orçamento. Aprovado o orçamento, o Executivo, por decreto e em obediência à LRF, impunha forte contingenciamento de despesas, reforçando a prática de transferir a gestão orçamentária para o âmbito do MF. Destituído de seu principal instrumento, o MPOG mantinha-se à margem do centro de poder. Cabia-lhe manter o ritual para cumprir as exigências constitucionais de elaboração do PPA, LDO e da LOA, mas esses instrumentos apenas serviam para adornar as prateleiras dos gabinetes oficiais.⁵³

Mendonça diz que a crítica não deve se dirigir ao contingenciamento em si, mas ao sistema, que confere ao Poder Executivo a faculdade de ignorar as previsões orçamentárias sem nem mesmo indicar os motivos que justificariam essa conduta.⁵⁴

Em um regime que os cientistas políticos qualificam como um presidencialismo de coalizão⁵⁵, o controle sobre a execução orçamentária passou a ser não apenas um instrumento de sustentação da disciplina fiscal, mas também um instrumento útil para a negociação de apoio à aprovação pelo CN de medidas de interesse do governo, mediante o controle sobre a liberação de emendas parlamentares ao orçamento.⁵⁶

⁵² REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. **Contribuintes e cidadãos: compreendendo o orçamento federal**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 13.

⁵³ REZENDE, Fernando. **Planejamento no Brasil: auge, declínio e caminhos para a reconstrução**. In: CONTI, Cardoso Jr. (Coord.). **A reinvenção do planejamento governamental no Brasil**. série diálogos para o desenvolvimento. Vol. 4. Brasília: IPEA, 2011, pp. 197-198.

⁵⁴ MENDONÇA, *op. cit.*, 2010a, p. 97.

⁵⁵ Como o nosso sistema partidário é muito fragmentado, nenhum partido sozinho consegue formar maioria. Por conseguinte, para conseguir aprovar suas leis no CN, o Executivo precisa fazer acordos com outros partidos, trazendo-os para a chamada 'base aliada', formando as ditas coalizões. Assim, o fisiologismo, como meio de negociação de cargos, é um instrumento de governabilidade, na medida em que busca aumentar o apoio ao governo.

⁵⁶ REZENDE, *op. cit.*, 2011, p. 198.

2.3. A discussão sobre a natureza formal ou material da lei orçamentária anual e o seu impacto sobre a execução da lei orçamentária anual:

2.3.1. O orçamento como lei formal:

Pascoal explica que há divergências no campo doutrinário no que tange à real definição quanto à natureza jurídica do orçamento. Para León Duguit, o orçamento seria, em relação às despesas, um mero ato administrativo e, em relação à arrecadação de tributos, uma lei em sentido material. Para chegar a essa conclusão, Duguit analisou ordenamentos jurídicos em que a autorização para a cobrança de tributos se dava por meio da lei orçamentária, o que não é o caso do Brasil. Para Gaston Jèze, o orçamento seria, substancialmente, um ato administrativo; especificamente, um ato-condição, pois, segundo afirmava, os tributos seriam criados por leis próprias (atos-regra) e as despesas derivariam de outras formas legais ou convencionais (atos-regra), sendo o orçamento o implemento de uma condição para a cobrança e para o gasto. Por sua vez, para o jurista e economista alemão Hoennel, o orçamento é lei, na medida em que se origina de um órgão legiferante. Esta tese sofreu críticas porque classificava as normas jurídicas consoante a sua origem, e não segundo o seu conteúdo jurídico.⁵⁷

A princípio, atualmente a posição dominante no cenário brasileiro é a de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras. Sendo assim, pode-se afirmar que, no Brasil, o orçamento, do ponto de vista legal, é apenas autorizativo. Os gestores só podem realizar as despesas que estejam previstas no orçamento, mas a efetivação das despesas não é obrigatória só pelo fato de estarem nele projetadas.

Nessa linha tem sido o posicionamento do STF, que nos REs nºs 34.581-DF e 75.908-PR assim se posicionou: *“o simples fato de ser incluída no orçamento uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a esse auxílio.(...) A previsão da despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial”*.

Dessa forma, a LOA apresenta-se desprovida de aptidão para vincular as decisões alocativas tomadas pelos Poderes instituídos, mesmo após a observância dos trâmites legais e

⁵⁷ PASCOAL, *op. cit.*, pp. 16-17.

constitucionais para a sua aprovação e vigência, pois a aplicação dos recursos públicos seria uma questão de mérito administrativo, isto é, sujeita tão somente à avaliação de conveniência e oportunidade por parte dos gestores.

A lei orçamentária seria, assim, lei no sentido formal sem sê-lo no sentido material, pois lei material é ato normativo genérico, abstrato e permanente, enquanto que a lei orçamentária é lei de efeitos concretos, particulares, destinada a vigorar por um só exercício.⁵⁸

Consoante lição de Correia Neto, a lei diz-se formal quando lhe faltem ambos os caracteres essenciais (generalidade e abstração) ou apenas um desses elementos (generalidade ou abstração). São estes os dois possíveis alcances da noção de lei formal. Caberiam no conceito, além das leis orçamentárias, as que criam autarquias, autorizam a criação de empresa estatal, declaram utilidade pública ou interesse social de determinado imóvel para fins de desapropriação, criam novo Município ou autorizam a alienação de bem público pelo Executivo. Para todas essas, o controle abstrato de constitucionalidade seria, em princípio, inadequado.⁵⁹

Como acima visto na decisão do STF, o caráter formal da lei orçamentária, de não criar direitos subjetivos e se afigurar como lei apenas autorizativa, fica reforçado pelo fato de que a simples previsão de uma despesa não gera direito exigível judicialmente. Assim, o fato de ser incluída no orçamento uma verba para auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a este auxílio, pois a previsão da despesa em lei orçamentária não garante para essa instituição contemplada qualquer direito subjetivo.

Além disso, o entendimento desposado pelo STF, nos últimos anos, vinha sendo o da rejeição do controle de constitucionalidade das normas orçamentárias. Por se tratar de lei formal, isto é, lei de efeitos concretos, faltariam às leis orçamentárias os requisitos de generalidade e abstração eleitos como condições fundamentais para a viabilidade do controle de constitucionalidade abstrato, especialmente por ADIN. Tal tese abarcaria normas orçamentárias incluídas em quaisquer destes veículos normativos: PPA, LDO, LOA, ou mesmo, medidas provisórias.

Em princípio, a exclusão das leis formais estaria justificada por seu conteúdo, que tornaria inadequada ou desnecessária a via de controle abstrato. A elas, pelas características

⁵⁸ PETTER, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O orçamento público e o supremo tribunal federal**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 121-122.

que ostentam, bastaria a tutela da jurisdição ordinária, já que, segundo a sua definição, operam à maneira de atos administrativos e não disciplinam relações abstratas. Sua nulidade, portanto, poderia ser decretada em processo subjetivo, mediante provocação da parte que se viu prejudicada pela sua edição. Submetê-las ao controle abstrato equivaleria a usar desta via para tutelar, obliquamente, direitos subjetivos.⁶⁰

A razão estaria na finalidade dessa forma abstrata de controle da constitucionalidade, que não se destina a tutelar direitos subjetivos, lesados ou ameaçados de lesão, mas volta-se à proteção da CF em si.

2.3.2. O orçamento como lei material:

Assoni Filho contesta veementemente a afirmação de que o orçamento se trata de mera lei formal.⁶¹

Inicialmente transcreve dura crítica do jurista Francisco Campos à doutrina labandiana, tendo em vista ter sido Paul Laband o grande responsável pela teorização e posterior proliferação da concepção de lei formal a respeito das leis orçamentárias. Para Campos, a Constituição, para Laband, assim como para os teóricos do direito constitucional alemão, era uma realidade de natureza exclusivamente política. As transgressões da Constituição não podiam ter, portanto, qualquer sentido ou consequência de caráter jurídico. Daí se originou a tentativa de Laband e seus seguidores de rebaixar a lei orçamentária a um simples quadro, de valor puramente aritmético ou contabilístico, da receita e da despesa nacionais. Também não os impressionou o fato de haverem sido elevados à categoria de normas constitucionais as regras fundamentais da elaboração orçamentária.⁶²

Repete, ademais, a lição do doutrinador português Gomes Canotilho para quem após a Revolução Francesa e a consequente edição da Constituição de 1791, que serviu de paradigma ao constitucionalismo contemporâneo, não mais é cabível se falar em ‘leis

⁶⁰ *Id.* p. 122.

⁶¹ ASSONI FILHO, Sérgio. **Controle de constitucionalidade da lei orçamentária**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁶² CAMPOS, Francisco *apud* ASSONI FILHO, *ibid.*

meramente formais', pois toda deliberação emanada das assembleias representativas parlamentares sob a forma legislativa constitui uma norma superior de direito, com força e valor de lei.⁶³

Além disso, para Assoni Filho, o alinhamento à construção doutrinária labandiana, na atualidade, parece ser totalmente despropositada, tanto em face do que dispõe nosso ordenamento jurídico vigente, quanto no que respeita ao nosso momento político, econômico e social, totalmente diferente do enfrentado pela Prússia de Paul Laband à época.⁶⁴

Em primeiro lugar, porque nossa CF declara expressamente que os orçamentos públicos são leis, consoante inteligência dos seus arts. 165 e 166, sem estabelecer qualquer tipo de distinção entre leis meramente formais e leis formais com conteúdo material, de maneira que o intérprete constitucional (STF), não poderá distinguir onde o legislador originário não distinguiu.⁶⁵

Em segundo lugar, porque hoje vivenciamos um regime democrático, e a despeito de todas as dificuldades para a implementação de uma educação generalizada, capaz de promover a efetiva participação do cidadão no processo decisório governamental, quiçá nos encontramos em uma fase de transição evolutiva para uma experiência democrática representativa com instrumentos de democracia direta.⁶⁶

No mais, consoante o mesmo autor, há uma espécie de presidencialismo de coalizão em torno da elaboração de leis orçamentárias em nosso País, que permite um comportamento estratégico por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse cenário, as emendas parlamentares aos projetos de leis orçamentárias são vistas como a principal moeda de troca entre tais Poderes, fato este que acarreta algumas distorções no ciclo orçamentário, mas que tem como contrapartida o condão de assegurar a 'governabilidade', assim como a aprovação de leis orçamentárias sem que haja maiores percalços.⁶⁷

Como já restou esclarecido no tópico anterior (2.3.1), era tradicional em nossa jurisprudência o entendimento de que as leis orçamentárias são leis meramente formais, como normas individuais de efeitos concretos, com objeto determinado e destinatário certo, sendo equiparadas a atos administrativos, uma vez que desprovidas de generalidade, impessoalidade

⁶³ CANOTILHO, Gomes *apud* ASSONI FILHO, *ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Id.*, p. 28.

⁶⁷ *Ibid.*

e abstração, o que tornaria, em princípio, impossível a efetivação de seu controle abstrato, ao menos pela via de ADIN.

Importantíssimo ressaltar, entretanto, que o STF recentemente apontou, por meio da ADIN 4.048, a mudança desse paradigma, passando a admitir a aferição, em sede de controle abstrato, da validade da LDO, contrariamente à orientação até então consolidada em sua jurisprudência, que considerava tal norma de natureza individual e de efeitos concretos.

Segundo Correia Neto, na ADIN 4.048 a tese de que a exclusão das leis formais estaria justificada pelo seu conteúdo, o que tornaria inadequada ou desnecessária a via do controle abstrato, foi posta em xeque. Isso porque, se afastadas da sua constitucionalidade *in abstracto*, certos tipos de leis dificilmente seriam fiscalizados no âmbito da jurisdição ordinária, tendo em vista, em muitos casos, não envolverem diretamente situações subjetivas. Ficariam, por conseguinte, livres de qualquer forma de apreciação judicial, ainda que violassem dispositivos da CF.⁶⁸

Em razão dessa nova interpretação, Assoni Filho entende que a evolução jurisprudencial indicada parece ser um presságio para uma nova era, condizente com o desenvolvimento doutrinário sobre o assunto, e até mesmo com a produção legislativa mais recente e avançada (LRF, por exemplo), reafirmando a materialidade das leis orçamentárias ao reconhecer seu conteúdo jurídico, além de identificar no orçamento público um legítimo plano de atuação governamental para a consecução dos objetivos fundamentais explicitados no texto constitucional.⁶⁹

Corretamente, Oliveira expõe que se o orçamento é ou não lei-formal, constitui-se simples autorização ou mero ato-condição, parece claro que o que pode ou não obrigar o Executivo a executar o orçamento, tal como aprovado e autorizado pelo Legislativo, não é nenhum desses motivos, mas as particularidades de cada caso concreto. Dessa forma, não se pode, objetivamente, sem considerar a realidade dos fatos, obrigar o administrador a cumprir cegamente a lei orçamentária, nem deixar a seu arbítrio eleger o que pode ou não ser efetivado.⁷⁰

Lembra, ademais, que para José Afonso da Silva é certo que os funcionários administrativos devem observar as metas previstas na programação orçamentária, nos estritos termos e limites fixados no orçamento, não podendo deixar de cumprir as atividades e os

⁶⁸ CORREIA NETO, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁹ ASSONI FILHO, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁷⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 375.

projetos constantes na lei do orçamento sem razão justificativa para tanto ou com a simples alegação de que não eram obrigados a executá-los porque a lei não lhes dá mais do que uma autorização para isso, ficando a sua efetivação dependendo de sua vontade exclusivamente.⁷¹

2.4. Uma interpretação do caráter autorizativo da lei orçamentária anual a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988:

2.4.1. O caráter autorizativo: algumas razões:

A fim de reforçar o tópico anterior, com o qual possui inevitável aderência, cumpre debater mais detidamente a questão do caráter autorizativo da lei orçamentária anual.

Uma observação inicial, no que tange a essa matéria, refere-se à fase de elaboração da LOA.

Num primeiro momento, parece transparecer um elevado grau de discricionariedade das autoridades do Poder Executivo na decisão sobre como e onde gastar os recursos públicos, que serão objeto de posterior chancela legislativa. Entretanto, a dinâmica da matéria orçamentária, na hodierna prática brasileira, coloca em dúvida essa concepção. Com efeito, e apesar da previsão constitucional do princípio orçamentário da não afetação, há um sem-número de normas jurídicas que dirigem a destinação de verbas públicas, por meio de titulações, tributos vinculados e fundos especiais, além de despesas obrigatórias cujo pagamento não depende de uma orientação política a ser dada pelo Poder Executivo. O volume de recursos orçamentários de livre alocação no projeto da LOA foi diminuindo significativa e gradativamente desde a promulgação da CF de 1988.⁷² Contar com recursos vinculados constitui-se, por exemplo, em um conforto para o gestor que, dessa forma, não precisa disputar esses recursos com os demais gestores durante a elaboração e aprovação da LOA.

Há receitas que são vinculadas por sua própria natureza, como é o caso dos empréstimos. A sua finalidade será sempre financiar uma despesa de capital, atendendo ao

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *apud* OLIVEIRA, *ibid.*

⁷² CATAPANI, *op. cit.*, p. 246.

que dispõe a denominada ‘regra de ouro’⁷³ ou, então, refinanciar a dívida pública.⁷⁴ Assim também são as taxas, os fundos, as contribuições sociais e econômicas e o preço público.

Em razão dessa característica existente na realidade brasileira, criou-se a necessidade de edição de normas que liberassem uma parcela dos recursos orçamentários para gastos tidos como prioritários pelos administradores públicos. Assim, por meio de sucessivas ECs foram criados mecanismos de flexibilização orçamentária, bastante questionados, dos quais a DRU, que será tratada mais à frente em parte específica deste trabalho, é a face atual.

Feitas essas primeiras considerações, apresenta-se uma constatação importante para o entendimento dessa questão: parte dos créditos autorizados não será executada. Isso em razão de vários motivos.

Em primeiro lugar, os créditos distinguem-se entre si quanto à obrigatoriedade de sua realização, em consequência da existência, ou não, de leis – e da natureza destas – criadoras de direitos e obrigações para o Estado.⁷⁵

Em segundo lugar, deve-se considerar que a flexibilidade é própria da natureza de toda a programação de trabalho ou plano administrativo. Produto da mente humana, qualquer objetivo, plano, programa ou meta deve ser revisado, a partir do momento em que se comprove inadequado ou não mais necessário.⁷⁶

Uma terceira razão que contribui para a não execução de créditos autorizados no orçamento é a ocorrência de situações que impedem o início ou atrasam o prosseguimento e a conclusão de obras e serviços. Nas atividades governamentais, são muitas as providências desenvolvidas entre a fase da autorização orçamentária e a realização propriamente dita da despesa. Podem-se apontar algumas: elaboração de projetos, orçamentos e memoriais de execução, desapropriações, fase licitatória com frequentes atrasos em face das querelas judiciais, elaboração de contratos, entre outras.⁷⁷

Uma quarta motivação seria o fato de que o orçamento é um conjunto de contas devidamente articuladas, inclusive no seu nível mais sintético, ou seja, na receita e na despesa total. Durante a fase de execução, a receita total pode, por exemplo, não se realizar

⁷³ A chamada "regra de ouro" trata-se do disposto no § 2º, do art. 12, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que dispõe que o montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária.

⁷⁴ GIACOMONI, *op. cit.*, 2011, p. 332.

⁷⁵ GIACOMONI, *op. cit.*, 2010, p. 291.

⁷⁶ *Id.*, p. 292.

⁷⁷ *Ibid.*

integralmente, devendo se cogitar, caso não recomendável o endividamento, no correspondente cancelamento de créditos de despesa.⁷⁸

Nagata esclarece, ainda, que as receitas que custeiam a atuação estatal estão sujeitas às mais variadas influências, sendo necessária certa flexibilidade ao gestor quando houver queda ou, até mesmo, aumento na arrecadação. O mesmo se diga em relação às transformações sociais que demandam da Administração uma conduta sempre versátil e eficaz. Também não se pode esquecer das crises que vão e voltam ao sabor dos ciclos do capitalismo, exigindo ora investimentos estatais mais arrojados, ora uma política de arrocho fiscal.⁷⁹

Em outro ponto transcreve Habermas, para quem a moderna prática administrativa caracteriza-se por um elevado grau de complexidade, dependência conjuntural e incerteza que não pode ser inteiramente antecipado pelo Legislativo e, conseqüentemente, determinado no nível normativo.⁸⁰

Conclui então Nagata que, nesse contexto, não se pode criticar a existência de maior liberdade na condução da atividade financeira do Estado. Reprovam-se, isto sim, os abusos que se cometem no exercício dessa faculdade. São notórios os escândalos que permeiam a elaboração e execução orçamentária, sem contar o uso escancarado de recursos públicos para promoção ideológica dos detentores do poder. Cite-se, ainda, a destinação equivocada de verbas públicas para finalidades que em nada se coadunam com a realização dos direitos fundamentais e do bem-estar.⁸¹

Slomski e Peres transmitem a informação de que, nas democracias modernas, o orçamento público apresenta sempre uma importância conjugada de viés técnico e político. Isto se dá porque o orçamento público é a base do planejamento econômico do Estado, compreendendo todas as receitas e despesas produzidas por este, calculadas a partir de bases estatísticas e econômicas, porém sem deixar de ter a influência programática de cada governo eleito, a cada mandato político. Assim, apesar da base de receitas e despesas ser técnica, suas fontes e usos são ajustados conforme diferentes posições políticas dos partidos, dirigentes eleitos e segmentos sociais, o que confere ao orçamento uma importância técnico-política e

⁷⁸ *Id.*, p. 293.

⁷⁹ NAGATA, Bruno Mitsuo. **A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 358.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen *apud* NAGATA, *id.*, p. 359.

⁸¹ *Id.*, p. 358.

implica, e até poder-se-ia dizer, obriga seu acompanhamento e controle acurado pela sociedade de modo que seja possível confirmar se as escolhas democráticas realizadas estão de fato contidas nas peças orçamentárias elaboradas e votadas pelo poder público.⁸²

2.4.2. A necessidade de uma maior vinculação na execução orçamentária:

Não obstante esses argumentos, parte importante dos doutrinadores pátrios, entende que as disposições contidas na peça orçamentária passam a vincular a ação administrativa e a ação política. As finalidades que forem nela inseridas deixam de possuir meramente interesse governamental, mas identificam sólidos compromissos com o cumprimento dos objetivos ali consignados.

Giacomoni conclui que a expressão autorização, no contexto da aprovação legislativa do orçamento da despesa, significa que ao Poder Executivo cabe realizar determinada programação de trabalho, e não outra, devendo aplicar os recursos públicos nos vários créditos orçamentários (dotações) de acordo com valores-teto devidamente especificados. Esta interpretação é, pois, bastante distinta daquela que, possivelmente, entende a autorização como a medida que, por ser apenas uma ‘autorização’, implicitamente, deixaria o Poder Executivo liberado para cumprir ou não as apropriações orçamentárias.⁸³

Hely Lopes Meirelles afirmava que a execução do orçamento é de ser feita com o fiel atendimento do que ele dispõe, quer quanto à arrecadação, quer quanto à despesa, pois executar é cumprir o determinado.⁸⁴

Ou seja, o gasto previsto no orçamento deve ser efetuado. A aprovação do orçamento pelo Poder Legislativo não pode ser simplesmente desconsiderada. O controle da execução orçamentária deve ser eficaz. Apenas nos casos de justificativas plausíveis é que a despesa fixada no orçamento poderá deixar de ser executada. Ultrapassado certo grau de discricionariedade ou praticado ato imotivado pela autoridade responsável pela execução orçamentária, estes poderão ser questionados judicialmente. Inclusive, a prática comum de

⁸² SLOMSKI, Valmor; PERES, Ursula Dias. **As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 914.

⁸³ GIACOMONI, *op. cit.*, 2010, pp. 290-291.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes *apud* PETTER, *op. cit.*, p. 49.

contingenciamento de recursos deveria ser considerado legítimo apenas nas hipóteses em que a previsão orçamentária não se confirma durante a execução orçamentária.⁸⁵

Pinheiro sustenta que o caráter vinculante pode ocorrer em relação à medida concreta prevista na LOA, que pode delimitar de forma significativa o conteúdo da ação administrativa. Neste caso, não resta margem decisória para o administrador sobre a prioridade, conveniência ou oportunidade da medida determinada pelo legislador, devendo cumpri-la conforme especificado por este ato legislativo. A LOA e, indiretamente, o PPA fornecem, portanto, parâmetros jurídicos significantes para a delimitação da amplitude do poder discricionário da Administração Pública na realização de medidas de intervenção do Estado no domínio econômico e social. Conclui, finalmente, que não há margem de liberdade para o administrador público decidir se executa, ou não, a ação administrativa prevista na LOA. A vinculação da Administração à LOA decorre na exata medida da normatividade desta, de forma que, quando há densidade suficiente neste ato legislativo, ocorre a vinculação à realização daquela ação administrativa específica.⁸⁶

Oliveira estabelece a ideia de que a EC nº 29/2000 alterou os arts. 34, 35, 156, 167 e 198 da CF para permitir e determinar que recursos possam financiar ações e serviços públicos de saúde. Assim sendo, efetuou a vinculação de recursos destinados ao atendimento da saúde. Vê-se, pois que o legislador constituinte, o primeiro originário e o segundo derivado, elegeram valores que entenderam essenciais e primordiais para a subsistência e o desenvolvimento da sociedade. Começa-se com isso a ver que o legislador, ao estruturar a peça orçamentária, não tem mais liberdade que possuía, estando, parcialmente vinculado. O que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas, passa a ser vinculada. Não deixa de ser uma decisão política, uma vez que o constituinte optou por uma solução dentre várias que possuía.⁸⁷

Para Adilson Dallari, a parte da CF que cuida dos orçamentos (arts. 165 a 169) não deixa dúvida alguma no tocante a sua vinculação a um processo de planejamento que condiciona a elaboração das propostas orçamentárias, a aplicação dos recursos consignados nas dotações orçamentárias e o controle dos gastos efetuados.⁸⁸

⁸⁵ *Id.*, p. 50.

⁸⁶ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 427-428.

⁸⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 372.

⁸⁸ DALLARI, *op. cit.*, 2011, p. 323.

Obviamente, ninguém está obrigado a fazer o impossível. Se existirem circunstâncias excludentes, se ocorrerem fatos que impossibilitem a fiel execução dos projetos e programas previstos, não haverá crime. Mas então o orçamento poderá e deverá ser alterado pela mecânica dos créditos adicionais com estrito respeito à estrutura normativa. O que não pode ser aceito é o descumprimento puro e simples, sem qualquer justificativa.⁸⁹

Em síntese, não faz sentido algum o delineamento de todo um sistema orçamentário calcado no planejamento e a afirmação do direito à transparência da gestão fiscal, se as dotações orçamentárias não tiverem caráter impositivo. De nada vale assegurar a participação popular no momento da elaboração do orçamento se, no decorrer do exercício financeiro, o Poder Executivo não tiver o dever de executar o que foi planejado mediante um processo de consulta pública seguido de um cuidadoso exame pelos representantes do povo nas casas legislativas.⁹⁰

Segundo ele, pode-se afirmar, com segurança, que o antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da pletora de normas que não deixam sombra de dúvida quanto ao fato de que o sistema de orçamentos é, na verdade, um subsistema articulado de projetos e programas que devem orientar o planejamento governamental, o qual, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público.⁹¹ Deve-se, portanto, reconhecer-se a supremacia das normas constitucionais, que devem funcionar como padrão de validade e vetor interpretativo de todo e qualquer ato jurídico.⁹²

No que tange à implantação de um orçamento obrigatoriamente impositivo, a exemplo de alguns projetos que tramitam no CN, estudo promovido por Lima é bastante elucidativo. Numa versão extrema, trata-se de obrigar o governo a executar integralmente a programação orçamentária definida pelo CN. Numa visão intermediária, para a não execução de parte da programação, exige-se a anuência do Congresso. Versões mais flexíveis determinam a obrigatoriedade de implementar apenas parte do orçamento, deixando alguma margem para o Executivo decidir sobre a sua implementação ou não.⁹³

⁸⁹ *Id.*, p. 326.

⁹⁰ *Id.*, pp. 326-327.

⁹¹ *Id.*, p. 327.

⁹² MENDONÇA, *op. cit.*, 2010a, p. 124.

⁹³ LIMA, Edilberto Carlos Pontes Lima. **Algumas observações sobre o orçamento impositivo no Brasil**. Disponível em: <www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/56/66>. Acesso em 7 jan. 2013, p. 2.

O modelo extremo é improvável, pois, segundo esse modelo, o CN, que possui o poder de autorizar que determinado gasto seja realizado, não detém o poder de autorizar que ele não seja mais feito. A versão intermediária, seguida pelos Estados Unidos desde meados da década de 1970, parece a mais razoável e permite alguma flexibilidade orçamentária.⁹⁴

No tipo extremo, pode-se exigir que o governo contraia uma dívida para executar determinado gasto, no caso de as receitas serem insuficientes para cobrir a totalidade das despesas previstas. Assim, se o orçamento previa o equilíbrio entre receitas e despesas, mas, por alguma razão, as receitas se frustraram, o governo deve, mesmo assim, executar integralmente as despesas fixadas. Numa situação intermediária, o governo poderia deixar de executá-las em razão de receitas abaixo do esperado ou do crescimento inesperado de outras despesas prioritárias. Por exemplo, considere a situação de um orçamento que previa a construção de 100 ginásios de esporte em várias cidades do País. Suponha que, ao longo do ano, tenha ocorrido uma catástrofe que tenha deixado um milhão de pessoas desabrigadas em vários estados. O governo precisará providenciar abrigo emergencial, alimentação e vestuário para aquelas pessoas por algum tempo. Eventualmente, ajudará na construção ou reconstrução de suas residências. Considere que não houvesse qualquer reserva para tal tipo de contingência no orçamento ou que existisse alguma reserva em patamar inferior ao necessário. Seria natural, portanto, que o governo adiasse a construção dos ginásios, a fim de realizar as despesas imprevistas com a catástrofe. No caso extremo mencionado, isso não seria possível, pois nem mesmo o CN poderia autorizar que a programação fosse desfeita. Destarte, por ser a despesa com os danos provocados por catástrofe absolutamente obrigatória, o governo assumiria dívidas para fazê-la, visto que não poderia adiar ou cancelar a construção dos ginásios. No caso intermediário, o governo poderia pedir autorização ao CN para não construir os ginásios em face das novas despesas imprevistas.⁹⁵

Um caso menos rígido é aquele que autorizaria o Executivo a não realizar determinadas despesas sempre que fatos supervenientes ocorressem. Caberia ao executor apenas expor ao CN a razão de não ter executado certos créditos incluídos no orçamento. O modelo poderia permitir que o CN pudesse impor algum tipo de sanção ao Poder Executivo desde que não se convencesse da real necessidade de anular a despesa prevista.⁹⁶

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Id.*, pp. 2-4.

⁹⁶ *Id.*, p. 3.

Alguns intérpretes entendem que, com o advento da LRF, a não execução de determinada despesa só poderia acontecer caso houvesse risco de não se alcançar a meta fiscal. Em razão disso, para alguns, com a introdução desse dispositivo, a LRF introduziu o orçamento impositivo no Brasil, pois o único caso que justificaria a não implementação integral do orçamento seria o da dificuldade de alcance das metas fiscais. Nas demais situações, a execução dos créditos seria obrigatória. Contudo, tal entendimento não é o que tem prevalecido, pois, na prática, não se observam alterações, desde o advento da LRF, no modo de proceder do Executivo.⁹⁷

Para Assis, não é necessária uma reforma do sistema orçamentário. Deve haver sim uma relação simbiótica entre os Poderes e a mudança de entendimento do caráter autorizativo como uma permissão para não gastar, sem qualquer motivação.⁹⁸

Mendonça afirma, nessa mesma linha, que o orçamento autorizativo, no Brasil, significa o poder de não gastar. Com efeito, a CF não autoriza o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento e, como se sabe, não autoriza a realização de despesas sem previsão orçamentária. A conclusão é, portanto, inevitável. O orçamento autorizativo não permite que a Administração empregue recursos por decisão autônoma. Autoriza apenas que as previsões de gasto deixem de ser realizadas. Não é verdade, porém, que as verbas fiquem automaticamente liberadas para outras finalidades. Ao contrário, nenhuma atividade estatal poderá ser desenvolvida regularmente sem que haja uma decisão orçamentária formal. Em outras palavras, quando a arrecadação se concretiza, mas o Presidente não libera as verbas referentes à determinada dotação orçamentária, nem produz um remanejamento, a consequência é deixar no limbo uma parcela de receita pública. Essa é a prerrogativa que se reconhece hoje ao Poder Executivo: a faculdade de não fazer nada. A conclusão é impactante, mas verdadeira.⁹⁹

O autor fornece um exemplo esclarecedor: imagine-se uma dotação orçamentária de 50 milhões de reais para a compra de material cirúrgico para hospitais públicos. O orçamento autorizativo permite que a compra não seja feita. Contudo, não permite que o Executivo empregue o dinheiro em outra atividade. Essa é a liberdade concedida pelo orçamento autorizativo.

Essa situação faz superar qualquer ideia romântica no sentido de que o orçamento autorizativo serviria para permitir que um administrador público iluminado pudesse realocar o

⁹⁷ *Id.*, p. 4.

⁹⁸ ASSIS, *op. cit.*, p. 235.

⁹⁹ MENDONÇA, *op. cit.*, 2010a, pp. 78-79.

dinheiro público para atender as necessidades sociais. Não é disso que se trata. Mais ou menos iluminado, o que o administrador público pode fazer em razão do orçamento autorizativo é decidir não fazer nada. Se quiser redistribuir o dinheiro público de uma atividade para outra, terá que seguir algum procedimento formal.¹⁰⁰

Mendonça adverte que antes que se tire conclusões precipitadas a partir dessas constatações essenciais, convém fazer uma advertência: não gastar pode ser importante. Apenas não se deve tratar essa opção como um fato da vida. Não gastar é uma forma de decisão e deve receber tratamento jurídico compatível com essa condição.¹⁰¹

Para Assis, tivesse o Parlamento participado do processo de elaboração e construção do orçamento, com o efetivo auxílio da sociedade civil organizada nos debates travados durante o processo legislativo de formação dessas leis, essa discricionariedade de não gastar poderia ser mais controlada e até mesmo contestada pelos órgãos institucionais. Uma alteração significativa nesse processo poderia ser a elaboração conjunta das peças que constituem o orçamento público. Uma discussão perene entre os Poderes e a sociedade civil para a construção dos marcos jurídicos balizadores do orçamento poderia ocorrer e, com isso, a formulação de políticas públicas seria a mais legítima e democrática possível.¹⁰²

Para Sabbag, alterações estruturais devem ser introduzidas no sistema, de forma a corrigir três grandes deficiências do orçamento brasileiro: hiperdominação executiva, subalternidade parlamentar e alijamento da sociedade em face do processo decisório.¹⁰³

Discutidas todas essas questões, passa-se a tratar do ativismo do Poder Judiciário envolvendo questões orçamentárias.

¹⁰⁰ *Id.*, pp. 80-81.

¹⁰¹ *Id.*, p. 83.

¹⁰² ASSIS, *op. cit.*, pp. 236-237.

¹⁰³ SABBAG, *op. cit.*, p. 173.

CAPÍTULO 3 – A polêmica interação existente entre os Poderes Executivo x Judiciário

3.1. Os direitos sociais como direitos fundamentais:

Marmelstein elenca as características que os direitos fundamentais apresentam no Brasil: a) possuem aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da CF de 1988, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois já são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis; b) são cláusulas pétreas, por força do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF de 1988 e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de EC; e c) possuem hierarquia constitucional, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.¹⁰⁴

Posteriormente, copia pensamento desenvolvido por Ingo Sarlet, para quem onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade; e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. Esses atributos encontram-se ligados de alguma forma pela noção básica de respeito ao outro, que pode ser qualquer indivíduo, que sintetiza com perfeição todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade humana não é um privilégio de apenas alguns indivíduos escolhidos por razões étnicas, culturais ou econômicas, mas sim um atributo de todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano.¹⁰⁵

É importante frisar que, do ponto de vista jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país. Contudo, é possível encontrar direitos fundamentais fora do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da CF e até mesmo fora da própria Constituição, por força da previsão contida no art. 1º, inciso III, somado ao art. 5º, § 2º, da CF, de que os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos

¹⁰⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo *apud* MARMELSTEIN, *id.*, pp. 18-19.

reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão.¹⁰⁶

Na verdade, os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos interdependentes e indivisíveis. Não basta proteger a liberdade sem que as condições básicas para o exercício desse direito sejam garantidas. Por isso, o constituinte brasileiro foi bastante feliz ao positar, junto com os demais direitos fundamentais, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna.¹⁰⁷

No texto constitucional brasileiro, a grande maioria desses direitos encontra-se no rol de direitos sociais previstos no art. 6º.¹⁰⁸ Há ainda um título específico na CF de 1988 (Título VIII), tratado da ‘Ordem Social’, no qual são regulamentados diversos direitos que podem ser enquadrados como socioeconômicos. Assim, por exemplo, o art. 196 da CF de 1988 determina que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado”*; igualmente, o art. 203 estipula que *“a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”*; do mesmo modo, o art. 205 estabelece que *“a educação é direito de todos e dever do Estado e da família”* e assim por diante. Portanto, os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal, pois estão elencados na CF e têm *status* de norma constitucional; quanto em sentido material, porquanto são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁹

Sarlet e Figueiredo afirmam que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão (ou função): a) negativa, implicando posições subjetivas impeditivas de intervenções nas liberdades individuais e nos bens fundamentais tutelados; e b) positiva ou prestacional, significando uma atuação efetiva do Estado (e mesmo da sociedade como um todo) para assegurar – mediante prestações fáticas ou normativas das mais diversas naturezas

¹⁰⁶ *Id.*, pp. 22-23.

¹⁰⁷ *Id.*, pp. 173-175.

¹⁰⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰⁹ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 174.

– a efetividade de todos os direitos fundamentais, podendo ocorrer de maneira direta ou indireta, neste último caso, pela via das concessões e permissões.¹¹⁰

Caliendo lembra, oportunamente, que a ideia de máxima eficácia dos direitos fundamentais não é unívoca, conforme pode ser observado na doutrina e na jurisprudência, visto que vários autores possuem entendimento diferenciado sobre o tema.¹¹¹

Amaral entende que os direitos fundamentais têm natureza jurídica própria, inconfundível com as categorias moldadas à luz do direito privado. Não são eles meras regras de estrutura, nem meros valores jurídicos, pois investem o particular em uma série de prerrogativas, legitimando-o a exigir certas condutas estatais. Representam a positivação dos direitos humanos, sem perderem a natureza de direitos morais.¹¹²

3.1.1. O direito à saúde como direito social fundamental:

Além de reconhecer boa gama de direitos sociais, o constituinte de 1988 os incluiu sob o Título II do texto constitucional – 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais' – o que levou respeitável parcela da doutrina nacional a considerá-los, em sua máxima extensão, como direitos fundamentais, com as consequências daí inerentes: máxima força normativa, aplicabilidade imediata e vinculação dos Poderes do Estado. Contudo, os direitos sociais, embora possuam dimensões que se exaurem na produção normativa ou na proteção de certas liberdades, são garantidos em larga medida por meio de prestações específicas do Estado, o que certamente dificulta sua implementação, principalmente pela via dos tribunais. Em outras palavras, esses direitos sociais se convertem em direitos a prestações estatais que, por sua vez,

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 9.

¹¹¹ CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 178.

¹¹² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95.

encontram limitações não somente normativas, enfrentando problemas fáticos ligados à reserva do possível.¹¹³

Ainda, nesse contexto, é preciso anotar que uma concepção satisfatória de direitos fundamentais sociais somente pode ser obtida com relação a uma ordem constitucional concreta, pois o que é fundamental para uma sociedade pode não o ser para outra, pelo menos da mesma forma, o que não afasta a necessidade de se considerar a existência de categorias universais no que diz com a fundamentalidade de certos valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana, ainda que também estes valores careçam de uma adequada contextualização, especialmente quando se cuida em transformá-los em realidade.¹¹⁴

Por isso, parte da doutrina entende que os direitos prestacionais só devem ser considerados fundamentais quando necessários ao desenvolvimento da própria liberdade fática, ligada ao mínimo existencial, enquanto os demais direitos prestacionais desenvolver-se-iam de acordo com o jogo democrático.

Nesse sentido, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que somente aquelas pessoas em desvantagem social poderão exigir do Estado a prestação de serviços que decorrem dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Faim Filho argumenta que embora a CF não elenque o direito à saúde no seu art. 5º, evidentemente ele é um direito fundamental, tanto que, sem ele, não há como garantir o direito à vida, este previsto expressamente no *caput* do art. 5º, como sendo inviolável. Esclarece também que uma vida sem saúde é uma vida violada e a morte se pode dizer que é a total ausência de saúde, razão pela qual negar esse direito é negar o direito à vida. Complementa, o mesmo autor, que tanto é esse um direito fundamental, que a Lei nº 8.080/1990, também conhecida como lei orgânica do sistema de saúde nacional, expressamente o proclama, em seu art. 2º: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.¹¹⁵

Firme nesse sentido é a jurisprudência do STF, que em vários julgados reconheceu essa característica, o que pode ser demonstrado pelo trecho abaixo, extraído do RE 271.286, apreciado pela 2ª Turma:

¹¹³ MAURICIO JR., Alceu. **Revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

¹¹⁴ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁵ FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. **A judicialização da saúde e seus reflexos orçamentários**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1013.

“O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...) caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não podendo converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de fidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (...).”¹¹⁶

Porém, para o STF, nenhum direito é absoluto, sendo todos submetidos a limitações, como podemos verificar nesse julgado do ano de 2000 (RE 271.286):

“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (...).”¹¹⁷

A existência de direitos sociais prestacionais, dentre os quais se inclui o direito à saúde, está normalmente ligada à ideia de um Estado de bem-estar social (*welfare state*), um sistema no qual o governo fica incumbido da responsabilidade de prover a seguridade social e econômica da população do Estado, por meio de pensões, benefícios sociais, assistência médica gratuita e outras prestações.¹¹⁸

¹¹⁶ *Id.*, p. 1014.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ MAURICIO JR., *op. cit.*, p. 33.

3.1.2 A análise da constitucionalidade de normas desvinculadoras:

Com a manutenção da DRU para o período de 2012-2015 por meio da aprovação da EC nº 68/2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico estarão desvinculados de órgão, fundo ou despesa. Sendo assim, os percentuais mínimos de impostos que devem ser gastos com educação e saúde, por exemplo, serão calculados sobre uma base menor, considerando-se que muitas das exceções constitucionais ao princípio da não afetação visam à implementação dos direitos sociais incluídos no art. 6º da CF de 1988.

Martins afirma que, quanto aos impostos, a regra geral e esperada é mesmo a não vinculação. Nesse sentido, somente a CF pode determinar a vinculação de suas receitas a órgão, fundo ou despesa, conforme previsto, por exemplo, nos arts. 167, IV; 198, § 2º, e 212, *caput*, todos da Carta Magna.¹¹⁹

Nessa esteira, entende-se ser possível ao poder constituinte derivado decidir acerca da vinculação ou não das receitas dessa espécie de tributo, do que se conclui que as desvinculações perpetradas em face de receitas de impostos, nem que tenham deixado juridicamente de garantir a aplicação de parte dos recursos em áreas como a educação e a saúde, não padecem de inconstitucionalidade.¹²⁰

Segundo o mesmo autor, problema mais complexo surge em face de desvinculações que atingem as receitas de contribuições em geral, nítidos tributos vinculados. Com efeito, não se exige uma reflexão aprofundada para se chegar à conclusão de que se uma contribuição foi instituída com o objetivo de custear determinada ação estatal, dadas as finalidades precípuas dessa espécie de tributo, os recursos daí gerados devem ser aplicados em prol da respectiva ação.¹²¹

Já para Mendonça, a DRU é manifestamente inconstitucional, por violação do núcleo essencial da separação dos Poderes, da legalidade orçamentária, do princípio democrático e do princípio republicano, que exige a transparência e a racionalidade na gestão de todos os recursos públicos. Somente um sistema orçamentário arcaico poderia cogitar de uma desvinculação nesses termos, devolvendo o orçamento público ao estágio de mero teto de gastos, como se a sua função fosse apenas evitar desvios e domesticar um Poder Executivo

¹¹⁹ MARTINS, *op. cit.*, p. 835.

¹²⁰ *Id.*, p. 836.

¹²¹ *Ibid.*

parasita. Para o referido autor, em suma, a DRU não consegue ocultar sua principal finalidade, que é terminar de promover a concentração de decisões orçamentárias no Poder Executivo.¹²²

3.2. O mínimo existencial e a reserva do possível:

3.2.1. Políticas públicas, escassez e hierarquização de prioridades:

Um primeiro aspecto que deve ser debatido quanto a este assunto é o conceito de políticas públicas. Santana repete profícua conceituação de Sérgio Resende Barros, para quem essas se tratam de diretrizes de interesse público primário que determinam programas de ação para governantes, ao mesmo tempo em que indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins políticos e econômicos, sociais e culturais, relevantes para planificar o Estado Democrático de Direito.¹²³ Por sua vez, para Maria Paula Dallari Bucci, política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹²⁴

Portanto, as políticas públicas são atividades complexas que abrangem, num primeiro momento: atividade governamental, para a definição das metas, programas, projetos e diretrizes; num segundo momento: atividade legislativa, conversão do conteúdo da ação governamental em dever jurídico; num terceiro momento: atividade administrativa, concreção mediante a prática de negócios jurídicos; concomitantemente, atividade de controle. Previstos inicialmente apenas como peças contábeis e tendo sua natureza legal contestada, os

¹²² MENDONÇA, *op. cit.*, 2010a, pp. 118-121.

¹²³ BARROS, Sérgio Rezende *apud* SANTANA, Izaias José de. **O princípio da separação dos poderes e a implementação das políticas públicas no sistema orçamentário brasileiro**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1120.

¹²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari *apud* SANTANA, *ibid.*

orçamentos passam a desempenhar uma função importante na conduta das políticas públicas, pois é por seu intermédio que se dará o cumprimento dos diversos programas de governo, o que vincula os valores à realização dos referidos programas e das respectivas metas.¹²⁵

Para Barcellos, a expressão ‘políticas públicas’ pode designar, de forma geral, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas, visando à realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Nesse sentido, trata-se de um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, de uma regulação eficiente, de uma política de fomento bem estruturada e de ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas provadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela CF e pela sociedade.¹²⁶

Nagata cita Stephen Holmes e Cass Sustein, que ao analisarem a dicotomia entre direitos que impõem uma abstenção estatal e direitos que exigem uma conduta positiva do Estado, concluem que: “*all rights are positive rights*”, ou seja, todos os direitos fundamentais comportam uma atuação positiva do Estado, pois ainda que o direito exija uma abstenção do Estado, o remédio ou garantia que o assegura reclama uma prestação estatal positiva.¹²⁷ Assim, não somente os direitos sociais, mas todos os direitos custam dinheiro.

A título de exemplo, podemos pensar no direito de propriedade, que, para ser garantido, precisa necessariamente de um Poder Judiciário, de um Código Civil e de um Código Penal, de um serviço de polícia judiciária e administrativa e de um sistema de registros de propriedade. Ou mesmo no direito a voto, que depende de uma legislação eleitoral, de órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições e de recursos para cobrir os custos que envolvem a realização de uma eleição.¹²⁸

¹²⁵ *Id.* pp. 1121-1125.

¹²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

¹²⁷ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass *apud* NAGATA, *op. cit.*, p. 363.

¹²⁸ WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 351.

Conclui-se que a efetivação das prestações estatais nunca sai de graça, demandando a intensa utilização de recursos públicos, o que vale tanto para as prestações de caráter social quanto para aquelas destinadas a proteger liberdades fundamentais.¹²⁹

Assim, toda e qualquer ação estatal envolve o gasto de recursos públicos, que são limitados. Essas evidências são fáticas, e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente de dinheiro público, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos.

As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. E como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica em que gastar, é preciso ainda decidir como gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseje alcançar. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Dito de outra forma, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importância incidência de normas jurídicas de estatuta constitucional.¹³⁰

Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente e poderão mesmo não chegar sequer a avançar minimamente. Ou seja: a relação lógica entre os axiomas da moderna teoria constitucional e a noção de controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas parece bastante simples. Basta notar que a impossibilidade de controle em tais hipóteses acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas.¹³¹

As leis orçamentárias se prestam à coibição de arbitrariedades na gestão da coisa pública, na medida em que impedem um distanciamento entre a atuação prática dos agentes políticos e o plano de trabalho fixado em prospecto nas leis orçamentárias aprovadas, isto é, as leis orçamentárias podem evidenciar a ilegalidade ou mesmo a inconstitucionalidade de

¹²⁹ MAURICIO JR., *op. cit.*, p. 19.

¹³⁰ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 106.

¹³¹ *Id.*, p. 107.

uma decisão governamental, a qual não poderá ser legitimada pela mera alegação de exercício de um suposto juízo de conveniência e oportunidade.¹³²

A hierarquização de prioridades deve orientar as escolhas alocativas no âmbito orçamentário, segundo critérios objetivos que tenham respaldo no texto constitucional.¹³³

Seria oportuno aqui, reproduzir entendimento de Mendonça para quem as opções de gasto têm um valor intrínseco, mas o seu mérito só pode ser plenamente apreciado em cotejo com o conjunto de necessidades e das políticas públicas em andamento. A construção de um sofisticado complexo cultural, por exemplo, é, sem dúvida, uma medida louvável, mas seria difícil de sustentá-la em um contexto de calamidade pública. Por conta dessa conexão entre cada opção e o conjunto das opções, os agentes políticos devem ter à sua disposição meios que lhes permitam a realização de escolhas minimamente coerentes entre si.¹³⁴

Clara Cardoso Machado prescreve uma classificação para as necessidades públicas a fim de estabelecer critérios para uma hierarquização de prioridades alocativas: a) necessidades primárias, que correspondem ao mínimo existencial, pois são indispensáveis à sobrevivência do indivíduo com dignidade; b) necessidades secundárias, que se relacionam com os direitos e interesses fundamentais de toda coletividade, não abrangidos pelo mínimo vital; c) necessidades terciárias, que dizem respeito aos interesses da sociedade que estejam relacionados com a própria administração do Estado.¹³⁵

A construção doutrinária em torno do assunto da intervenção judicial em políticas públicas elegeu alguns requisitos para que o Poder Judiciário intervenha nessa esfera até como imperativo ético-jurídico: a fixação de um mínimo existencial a ser garantido a todo cidadão; a existência da disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas; e, entre esses dois, o critério da razoabilidade para avaliação da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público.¹³⁶

¹³² ASSONI FILHO, *op. cit.*, p. 25.

¹³³ *Id.*, p. 35.

¹³⁴ MENDONÇA, *op. cit.*, 2010a, p. 158.

¹³⁵ MACHADO, Clara Cardoso *apud* ASSONI FILHO, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁶ NOVAIS, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamento público**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1074.

3.2.2. O mínimo existencial:

O conceito de mínimo existencial e sua evolução têm como premissa a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, na doutrina, na jurisprudência e nas decisões administrativas de políticas públicas. As definições do mínimo existencial são inúmeras. Muitos são os estudiosos que visam delimitar o seu significado e a sua conceitualização já sofreu algumas alterações atreladas a momentos históricos. Nas décadas de 1950 a 1970 reinava a prevalência dos direitos sociais com base em três premissas: todos os direitos sociais são direitos fundamentais; os direitos sociais são plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação do legislador; e os direitos sociais são interpretados de acordo com princípios de interpretação constitucional, tais como máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica.

Com a queda do muro de Berlim, algumas posições começam a mudar e a mudança mais radical pode ser verificada no entendimento de Gomes Canotilho. O jurista português passa a entender que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza pela graduação de sua importância e por sua dependência financeira ao orçamento do Estado, havendo, assim, liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos, sendo eles insuscetíveis de controle jurisdicional, salvo quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou com dimensões pouco razoáveis.¹³⁷

É impossível se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial.¹³⁸

Mauricio Jr. argumenta que o Estado Democrático e Social Fiscal, aquele gerado após as ondas de privatização observadas nas décadas de 1980 e 1990, surge como uma resposta ao intrincado relacionamento entre mínimo social e máximo social, na medida em que garante a realização do mínimo existencial em sua dimensão máxima, minimizando os direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade. Assim, com relação aos direitos sociais que extrapolam o mínimo existencial, o Estado Democrático e Social Fiscal também procura garanti-los, mas até o ponto em que não prejudiquem o processo econômico

¹³⁷ CANOTILHO, Gomes *apud* NOVAIS, *id.*, pp. 1074-1075.

¹³⁸ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, pp. 26-27.

ou as finanças públicas. A realização do máximo social depende de escolhas orçamentárias que, em virtude da escassez de recursos, quase sempre são escolhas dramáticas.¹³⁹

Atualmente, vislumbramos algumas definições do que abrangeria o mínimo existencial. Para Ingo Sarlet, citado por Novais, resumidamente, seria o direito subjetivo a prestações sob a premissa da garantia da dignidade da pessoa humana. Assim, todas as vezes que os argumentos limitadores da eficácia dos direitos fundamentais esbarrarem com o valor maior da vida e com a dignidade da pessoa humana ou colidirem com os direitos constitucionais, resultarão na prevalência do direito social.¹⁴⁰

Na visão de Ricardo Lobo Torres, inserida no mesmo texto, a proteção do mínimo existencial não depende da reserva do possível, pois a sua fruição independe do orçamento de políticas públicas, como ocorre com os direitos sociais.¹⁴¹

Barcellos é a única, dentre os autores, a enumerar expressamente quais seriam os direitos abarcados pelo mínimo existencial e, principalmente, considerar entre eles o direito de acesso à justiça. Na sua compreensão, trata-se das condições básicas para a existência, fração nuclear da dignidade da pessoa humana: educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados (condições materiais) e o acesso à justiça como condição instrumental do exercício e garantia do mínimo existencial.¹⁴²

A CF fez distinção entre as prestações de saúde que constituem a proteção do mínimo existencial e das condições necessárias à existência, que são gratuitas, e as que se classificam como direitos sociais e que podem ser custeadas por contribuições.

Torres explica que os direitos econômicos e sociais existem sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração, pois a pretensão do cidadão é a política pública, e não a adjudicação individual de bens públicos. Por seu lado, a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo,

¹³⁹ MAURICIO JR., *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo *apud* NOVAIS, *op. cit.*, p. 1075.

¹⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo *apud* NOVAIS, *ibid.*

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula *apud* NOVAIS, *id.*, pp. 1075-1076.

mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).¹⁴³

3.2.3. A reserva do possível:

A construção teórica da ‘reserva do possível’ teve origem na Alemanha, a partir do início dos anos de 1970. De acordo com ela, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Fernando Scaff, citado por Faim Filho, ensina que a expressão dos economistas ‘limite do orçamento’, a qual foi trazida para o direito pelo Tribunal Constitucional alemão com o nome do ‘reserva do possível’, significa que todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral, havendo em tal regra uma limitação fática. Complementa, o mesmo autor, que é a lei orçamentária que determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que tange aos direitos sociais, não adiantando falar de direitos sem considerar os recursos financeiros do Estado para realizá-los.¹⁴⁴

Alexy define ‘reserva do possível’ como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Para este autor, isto não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar este direito. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável para todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.¹⁴⁵

Sarlet e Figueiredo trabalham com a reserva do possível sob a perspectiva de uma dimensão tríplice: a) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais;

¹⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

¹⁴⁴ SCAFF, Fernando *apud* FAIM FILHO, *op. cit.*, p. 1033.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert *apud* WANG, *op. cit.*, p. 350.

b) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em função da distribuição de receitas e competências federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e c) razoabilidade daquilo que está sendo pedido.¹⁴⁶

Ribeiro conclui que a reserva do financeiramente possível pode ser entendida como a realização dos direitos sociais condicionada à disponibilidade e ao volume de recursos suscetíveis, para que não se inviabilize todo o sistema.¹⁴⁷

Antes dessa conclusão, Ribeiro reproduz lição de Canotilho, que destaca a questão financeira para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição, sendo que a realização desses está atrelada à capacidade financeira do Estado, significando a reserva do possível: a) a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; b) a ‘tendência para zero’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais; c) a ‘gradualidade’ com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo, sobretudo, em conta os limites financeiros; e d) ‘insindicabilidade’ jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.¹⁴⁸

Posteriormente, exhibe conceito de ‘reserva do possível’, da lavra de Mariana Filchitiner Figueiredo, como objeção à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais e prestações materiais, consistente no respeito às decisões orçamentárias estabelecidas pelo legislador democrático, na ponderação concreta entre a escassez dos recursos financeiros disponíveis e o dever de otimizar a concretização dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Amaral esclarece que a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, pois além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos humanos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.¹⁵⁰

¹⁴⁶ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. **Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1097.

¹⁴⁸ CANOTILHO, Gomes *apud* RIBEIRO, *ibid.*

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchitiner *apud* RIBEIRO, *ibid.*

¹⁵⁰ AMARAL, *op. cit.*, p. 95.

Em outro trecho de sua obra, conclui que, no campo da saúde, a escassez, em maior ou menor grau, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável.¹⁵¹

Para Ribeiro, como todos os direitos custam dinheiro, a reserva do possível só pode ser invocada para aquelas situações que extrapolem o mínimo existencial e se refiram aos indivíduos que possuam meios de obter para si sós a prestação pretendida. Nesse sentido, é comum a confusão entre reserva do possível e reserva orçamentária, pela qual se entende que certos direitos, notadamente os direitos sociais, estão sujeitos à dotação orçamentária, isto é, à disponibilidade financeira ou material. A realização do mínimo existencial não pode depender de uma discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, comprometendo recursos financeiros para atender algumas áreas em detrimento de outras mais essenciais. A reserva do possível não pode ser observada somente sob um prisma econômico mas, também, pelo fato de que mesmo as leis orçamentárias têm um grau jurídico-normativo.¹⁵²

3.3. O ativismo judicial em questões orçamentárias:

3.3.1. Aspectos gerais:

Para Nagata, precisamente, o Executivo, enquanto ente arrecadador, tem condições de estimar o volume futuro de receitas, alocando-as da maneira mais conveniente ao interesse público. Por meio desta prerrogativa, o Executivo traça a configuração elementar da atuação administrativa com elevada discricionariedade, pois a este Poder compete não só estabelecer o elenco de despesas públicas, como também fixar a quantidade de recursos que haverão de suportá-las. Nesses termos, a elaboração do projeto de LOA pelo Executivo adquire elevada importância, uma vez que as possibilidades de alteração pelo Legislativo são restritas, remanescendo sempre a estrutura básica do projeto original.¹⁵³

Figueiredo e Limongi ressaltam que o Poder Executivo conta com prerrogativas para influir no processo orçamentário que o capacitam a estabelecer e manter suas prioridades de políticas públicas. Sua situação é também pautada por ampla margem de liberdade na fase

¹⁵¹ *Id.* p. 151.

¹⁵² RIBEIRO, *op. cit.*, p. 1098.

¹⁵³ NAGATA, *op. cit.*, p. 365.

da execução orçamentária, o que o coloca em situação privilegiada para implementar os programas governamentais que integram sua agenda política.¹⁵⁴

Catapani salienta que essa possibilidade de escolha, juridicamente estruturada e conformada, corresponde conceitualmente à discricionariedade administrativa na elaboração dos projetos de leis orçamentárias e é exatamente essa discricionariedade um dos fatores que determina, no regime presidencialista brasileiro, a grande força que o Poder Executivo detém, fazendo-o muitas vezes, de modo adequado ou não, sobrepor-se aos demais Poderes.¹⁵⁵

Vê-se que o Executivo possui um protagonismo no que se refere à questão orçamentária.

Contudo, Santana, Ribeiro e Bliacheriene apontam que não sem razão as limitações do orçamento e também a ineficiência na execução das políticas públicas têm gerado cada vez mais ativismo judicial. Há, no Poder Judiciário, varas especializadas previdenciárias e estuda-se a possibilidade de criá-las também para tratar do acesso a bens de saúde, complementando que, em matéria de previdência, assistência e saúde, essa crise é pontuada por fatos diários, já notórios, que indicam uma falência do Estado para atender as demandas sociais na forma desejada ou, ao menos, prometida pela CF de 1988.¹⁵⁶

Nesse sentido, Catapani utiliza-se de lição de Ricardo Lobo Torres para explicar que um fenômeno financeiro importante que vem crescendo nos últimos anos é o da titulação em favor de terceiros ou da formação de direitos de crédito contra o orçamento público. A lei ou a sentença judicial passam a criar os títulos de crédito, que muitas vezes oneram o orçamento a ponto de se tornarem impagáveis.¹⁵⁷

Como exemplos típicos de titulação, cita os casos das sentenças judiciais que determinam ao Estado que forneça certos medicamentos a particulares. Cria-se, para estes, um direito de crédito contra o ente estatal, que fatalmente irá afetar as disponibilidades financeiras dessa pessoa jurídica e influenciar a elaboração do projeto de lei orçamentária.¹⁵⁸

Nesse âmbito, continua Catapani, é bastante tênue a linha que separa as atividades clássicas legadas a cada um dos Poderes do Estado. De fato, muitas vezes o Poder Judiciário,

¹⁵⁴ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política orçamentária no presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 13.

¹⁵⁵ CATAPANI, *op. cit.*, p. 248.

¹⁵⁶ SANTANA, José Lima; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. BLIACHERIENE, Ana Carla (Coord.). **Direito financeiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 96.

¹⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo *apud* CATAPANI, *op. cit.*, p. 260.

¹⁵⁸ *Ibid.*

ao decidir matérias atinentes à implementação ou efetivação de políticas públicas, ingressa no exame de temas que, no âmbito de uma teoria mais restrita, seria reservado aos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁵⁹

Para o mesmo autor, tal fenômeno advém, especialmente, da inclusão de muitas políticas públicas na CF ou em normas jurídicas infraconstitucionais, ampliando o espectro de obrigatoriedade de sua implementação e criando direitos subjetivos aos cidadãos. Em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, cabe ao Poder Judiciário decidir os conflitos advindos da aplicação das normas em tela ao caso concreto. No entanto, esta tarefa é bastante difícil e deve ser realizada com cuidado, à medida que as normas que preveem políticas públicas o fazem, de um modo geral, de forma genérica, fugindo do clássico esquema '*fattispecie*/consequência jurídica'.¹⁶⁰

Assim, conclui Catapani que, por um lado, não pode o Poder Judiciário substituir os Poderes Executivo e Legislativo na definição acerca de qual é o destino a ser dado a verbas públicas. Mas, ao decidir os conflitos de interesses que lhe são apresentados, acaba determinando, muitas vezes, gastos que influem na formulação e execução orçamentárias. O exato equilíbrio desses fatores ainda não foi delineado com exatidão pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, sendo um dos elementos de possível tensão institucional no futuro.

Não é difícil perceber que as necessidades primárias estão totalmente amparadas pela nossa CF, reputadas como verdadeiros direitos sociais fundamentais, sendo desarrazoado e desproporcional qualquer plano de atuação governamental que negligencie o seu atendimento.¹⁶¹

Desse modo, toda decisão de alocação de recursos públicos materializada nas leis orçamentárias que deixar de observar esse balizamento constitucional deve ser objeto do controle da constitucionalidade, uma vez que o descaso do gestor para com a garantia do mínimo existencial exige a intervenção do Poder Judiciário.¹⁶²

Não se diga que há violação à cláusula pétrea constitucional da separação dos Poderes, pois o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis orçamentárias não adentrará no âmago do juízo de conveniência e oportunidade privativo do Poder Executivo na alocação dos recursos públicos (mérito administrativo). Ao contrário, o Poder Judiciário

¹⁵⁹ *Id.*, pp. 260-261.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 260.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

exercerá um estrito controle de legalidade, especificamente para restabelecer a ordem constitucional infringida.¹⁶³

Incabível também a clássica alegação de que ‘os recursos são finitos enquanto as finalidades públicas são infinitas’, uma vez que não se descarta das limitações materiais existentes, mas apenas propõe-se que é legítima a intervenção do Poder Judiciário em nome da proteção dos direitos sociais fundamentais; é dizer, sempre que os gestores da coisa pública não realizarem uma razoável ponderação a respeito da essencialidade das pretensões envolvidas, relegando a segundo ou terceiro planos aquilo que a Constituição fixa como absoluta prioridade, as decisões alocativas transpostas para as leis orçamentárias deverão ser questionadas em sede abstrata de constitucionalidade.

Dessa forma, os gestores só podem invocar a ‘reserva do possível’ quando demonstrarem que houve um adequado dimensionamento entre as disponibilidades financeiras e os anseios populares constitucionalizados. Assim, o quadro de escassez financeira não pode ser utilizado como argumento à preterição dos direitos fundamentais garantidores da dignidade humana, principalmente quando for constatado que a carência de recursos não era absoluta, mas tão somente relativa, ou seja, quando faltarem recursos para atender determinado direito social fundamental em razão das opções políticas feitas pelos gestores públicos. Exemplificando: o gestor não poderá alegar ausência de recursos para construir moradias à totalidade dos cidadãos e, ao mesmo tempo, destinar igual montante de verbas públicas à construção de estádios esportivos visando à recepção dos eventos como a Copa de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Em outras palavras, a chamada teoria da reserva do possível terá a sua aplicação cabível apenas quando comprovada a razoabilidade e a proporcionalidade das escolhas feitas em face dos recursos materiais existentes.¹⁶⁴

A revisão judicial das escolhas orçamentárias enfrenta questões ligadas tanto ao princípio da separação dos poderes quanto ao princípio democrático: há problemas ligados à definição constitucional de competências, à adequação do Judiciário e dos processos judiciais para lidar com questões de alocação de recursos, e, principalmente, à legitimidade dos juízes para tomar tais decisões, já que desamparados de legitimação democrática para o voto popular.¹⁶⁵

¹⁶³ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁴ *Id.*, pp. 36-37.

¹⁶⁵ MAURICIO JR., *op. cit.*, p. 21.

3.3.2. Teses contrárias:

Para Amaral, excepcionados os casos em que a obrigação imposta decorra de enunciado normativo específico, levanta-se sempre a crítica de que esse tipo de prestação deve estar inserido em políticas públicas mais abrangentes e de que não caberia aos magistrados interferir nesta seara. Seja por não disporem de legitimidade democrática para formular escolhas acerca do melhor emprego dos recursos públicos escassos, seja por uma suposta incapacidade técnica, uma vez que o Poder Judiciário não seria estruturado para considerar realidades macroeconômicas e ponderar os possíveis efeitos desse tipo de decisão.¹⁶⁶

Barcellos elenca as principais críticas ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais visando a, posteriormente, derrubá-las uma a uma. Para tanto, as classifica em três grandes grupos¹⁶⁷:

O primeiro conjunto de críticas identificado por ela decorre de desenvolvimentos da teoria da Constituição. Sua ideia central pode ser descrita nos seguintes termos: por que o Direito e o Judiciário, a pretexto de interpretação do texto constitucional, deveriam, ou mesmo poderiam, imiscuir-se com um tema como este – políticas públicas – tipicamente reservado à deliberação política majoritária?

Um segundo grupo de críticas examina a questão sob uma perspectiva predominantemente filosófica. Trata-se do seguinte: não seria paternalista e presunçoso imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes encarregados dessa função?

O terceiro bloco crítico, por seu turno, tem um viés mais operacional e pode ser assim resumido. Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o

¹⁶⁶ AMARAL, Gustavo *apud* MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b, p. 373.

¹⁶⁷ BARCELLOS, *op. cit.*, pp. 107-115.

controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

Seria impossível às decisões judiciais trabalhar adequadamente com conceitos que envolvam alocação de recursos escassos, sendo o Poder Judiciário incapaz de lidar com questões de macrojustiça, limitando-se à solução apenas no caso concreto. A implementação dos direitos sociais, portanto, pelo Poder Judiciário, dar-se-ia sob o prisma individual no mais das vezes, agindo como instrumento de captura das verbas públicas para uso individual, sob a veste de aplicador de direitos sociais.¹⁶⁸

O Poder Judiciário porque preso a um processo judicial (e a seus princípios como a demanda, o contraditório e a ampla defesa) não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas e que possibilita visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área da administração, economia e contabilidade, poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos, atingindo um maior número de pessoas.¹⁶⁹

Uma vez adotada uma política pública, ela deve valer para todos, impessoalmente, pois justamente o que caracteriza um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível 'x' de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento de todo o ponto de saúde. Ademais, a Análise Econômica do Direito explica que as políticas públicas tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário e que a melhor forma de subsidiar políticas redistributivas é por intermédio da tributação de renda, e não por meio do direito privado (constitucionalização) ou pelos tribunais.¹⁷⁰

O problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações de saúde após as ECs vinculantes (exemplo, a EC nº 29/2000). Nesses casos, a política pública se torna

¹⁶⁸ NOVAIS, *op. cit.*, p. 1070.

¹⁶⁹ TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 61.

indispensável e a decisão judicial deve obrigar à implementação da *policy* pelos poderes públicos (Legislativo e Executivo). A insistência do Judiciário brasileiro em adjudicar bens públicos individualizados, a exemplo de remédios, em vez de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países.¹⁷¹

Se por definição, todos os recursos valiosos são escassos, a preocupação com a escassez no âmbito dos cuidados de saúde tornou-se mais aguda nos últimos anos, com o aumento da demanda. A parcela da riqueza nacional gasta pela maioria dos países desenvolvidos cresceu nas últimas décadas. O fator mais relevante para o aumento dos custos com saúde em todo o mundo é o contínuo progresso da tecnologia médica. Ao contrário de outras indústrias, investimentos de capital e desenvolvimento tecnológico raramente resultam em substancial economia de custos de trabalho na indústria da saúde. A demanda por tecnologia de cuidados de saúde parece que não irá deixar de crescer. Outro importante fator que inexoravelmente leva ao aumento da demanda por cuidados médicos em longo prazo é o envelhecimento da população. Do exposto, pode-se extrair que, no campo da saúde, escassez, em maior ou menor grau, não é um acidente, mas uma característica implacável.¹⁷²

Scaff cita alguns problemas que advêm da concessão de decisões judiciais individuais ou coletivas, dentre eles os seguintes:¹⁷³ a) este tipo de decisão é pontual, atingindo um número restrito de pessoas, o que dificulta enormemente a atribuição de suas decisões à generalidade de quem se encontra na situação mencionada – o que só pode se dar por meio de uma norma, jamais através de uma sentença, por mais amplo que seja o efeito *erga omnes* e força vinculante que venham a ser atribuídas a estas decisões; e b) transformam o Poder Judiciário e o STF em verdadeiros ordenadores de despesas públicas, o que dificulta o planejamento governamental, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo, no que tange às políticas públicas aprovadas por lei, e com recursos dirigidos para sua implementação por meio do sistema orçamentário.

Na prática judicial brasileira, o que se vê é o singelo bloqueio de dinheiro público disponível nos bancos, por meio de ordem judicial, com ameaça de prisão dos responsáveis

¹⁷¹ TORRES, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

¹⁷³ SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 135.

em caso de desobediência da ordem judicial. Para Scaff, esta é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo.¹⁷⁴

O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar ‘discrecionalidade legislativa’ em ‘discrecionalidade judicial’, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos acontecimentos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é sua competência, pois, como não detém o poder de criar dinheiro, acaba por redistribuir os recursos que possuíam outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e de cumprimento obrigatório pelo Executivo – é o ‘limite do orçamento’ de que tanto falam os economistas, ou a ‘reserva do possível’ dos juristas. Ocorre que os recursos são escassos, e as necessidades, infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro.¹⁷⁵

A lei orçamentária prevê em que condições o débito público seja constituído, organizado e financiado. Fora de tais condições, os atos são considerados inválidos e geram responsabilidade política. Não há dúvida, contudo, de que há limites orçamentários e que, portanto, a imposição de despesas não previstas, sem a respectiva previsão de custeio (de financiamento) não é aceita entre nós. Deste ponto de vista, portanto, é aceitável que se fale em impossibilidade de cumprimento de uma decisão judicial, ou de um pedido de alguém em particular. Como normalmente se chama a juízo o Poder Executivo, havendo orçamento aprovado, é impossível que ele o modifique por ordem judicial, por falta de competência sua e de competência judiciária. A não ser que se prove espaço para remanejamento e para contingenciamento. Essa impossibilidade é jurídica, pois as regras que determinam a competência para criar e financiar custos de bens públicos são constitucionalmente definidas. Violá-las torna inválidos os atos, ou seja, juridicamente inaptos para produzir os efeitos que deles se esperam.¹⁷⁶

Ocorre escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros

¹⁷⁴ *Id.*, p. 142.

¹⁷⁵ *Id.*, pp. 152-153.

¹⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 160.

medicamentos (ou tratamentos) ou mesmo que exigirá o corte de despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que em casos assim, está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde. O art. 196 da CF explicita como garantia do direito à saúde ‘políticas sociais e econômicas’. Estas, por sua vez, devem visar, segundo a Constituição, ‘o acesso universal e igualitário’. Ou seja, o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter universal (deve contemplar a todos os que se encontram naquela situação) e igualitário (ou seja, não pode preferir a uns ou a outros, não pode conceder a uns e não a outros).¹⁷⁷

Há, assim, uma impossibilidade de decisão judicial, pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos. Tais decisões possuem um caráter político, não jurídico. São decisões de conveniência, não de princípio; são, portanto, decisões de oportunidade. Por isso tais decisões ficam a cargo de poderes que prestam contas às maiorias e tais poderes são o Executivo e o Legislativo.¹⁷⁸

Wang esclarece que causa alguma estranheza dizer que o interesse financeiro é ‘um interesse secundário do Estado’, como vem sendo alegado em algumas decisões judiciais, inclusive do STF. Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma dicotomia falsa, pois o direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, mas aquela depende desta.¹⁷⁹

Mauricio Jr. sublinha que os direitos sociais, como afirma Canotilho, concebem-se “*como direitos a prestações cujo titular é o Estado que, por sua vez, impõe o pagamento autoritário e coactivo de impostos destinados a satisfazer as demandas prestacionais dos cidadãos*”; ou seja: “*quem paga não é o Estado: são uns cidadãos que contribuem (os contribuintes, os tomadores de encargos, os pagadores de prestações)*” e são outros cidadãos que recebem (“*os beneficiários, os tomadores de prestações*”). A visão isolada dos direitos sociais tende a provocar o que o professor português chamou de ‘introversão estatal da sociedade’, escondendo-se em um ‘unilateral dever de socialidade do Estado’. Desta forma, a efetivação de prestações estatais deve ser conciliada com as normas – também constitucionais

¹⁷⁷ *Id.*, p. 162.

¹⁷⁸ *Id.*, pp. 163-165.

¹⁷⁹ WANG, *op. cit.*, p. 355.

– que delineiam a extração dos recursos da sociedade: afinal, mostra-se contraditório defender um Estado maximalista em prestações sociais e minimalista em tributação.¹⁸⁰

3.3.3. Teses favoráveis:

Entende-se por sentença aditiva aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado. Não é qualquer gasto que se encontra inserido neste conceito. Um exemplo, seria de uma sentença que determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição – hipóteses mais comuns no Brasil atual.¹⁸¹

Consoante lição de Tudisco, quanto maior o caráter social do Estado delineado pela Constituição, maior a intervenção do Poder Judiciário na esfera política de atuação estatal. Isso se dá, pois, ampliando-se o rol de direitos assegurados, amplia-se, invariavelmente, a legitimidade pela exigibilidade desses mesmos direitos. Sendo assim, onde houver uma Constituição que assegure direitos subjetivos aos cidadãos, havendo também um órgão que prime pelo respeito a esses direitos, haverá uma incisão do direito na política. Assim, num Estado Constitucional Social como o brasileiro, mais frequentes e profundos serão os entraves entre aqueles que detêm o poder democrático e aqueles cuja função seja justamente controlá-los, em nome da Constituição. É nesse contexto que se dá, no campo específico do orçamento, a interação do Poder Judiciário com o poder político, sendo certo que talvez não exista maior expressão da deliberação democrática que aquela que autorize, determine ou proíba o aporte de recursos públicos para tal e qual finalidade. Dessa forma, a ingerência do Poder Judiciário nas normas em geral e nas normas orçamentárias em especial é, para além de tecnicamente possível, perfeitamente aceitável e desejável do ponto de vista axiológico e dos fundamentos da democracia.¹⁸²

¹⁸⁰ CANOTILHO, Gomes *apud* MAURÍCIO JR., *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁸¹ SCAFF, *op. cit.*, pp. 133-134.

¹⁸² TUDISCO, Flavio. **Direito, política e orçamento: enfrentamento de dogmas contingentes** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1136.

A interferência na política pelo Poder Judiciário não é uma afronta à tripartição dos Poderes, pois na medida em que a CF trata as normas fundamentais dispostas como verdadeiros direitos subjetivos e impõe ao Poder Judiciário a guarda e aplicação desses direitos, outra não poderia ser a solução senão aquela imposta pela Carta Maior, no sentido de que o Poder Judiciário tutele e garanta os direitos então preteridos, ainda que isto seja resultado da omissão de uma decisão política.¹⁸³

Poder-se-ia afirmar simplesmente que a discussão orçamentária se exaure na órbita política, submetida exclusivamente à deliberação do Poder Executivo e das maiorias parlamentares, órgãos eleitos democraticamente para tomar tais decisões. Entretanto, quando se percebe que as escolhas orçamentárias envolvem a extensão dos direitos fundamentais e a opção entre interesses em conflito, vislumbra-se que esse debate não se encontra isento de controle. Se os direitos fundamentais são um escudo para evitar o sacrifício de minorias, as escolhas orçamentárias não são um campo de liberdade absoluta para a política e para as deliberações majoritárias.¹⁸⁴

A resposta ao argumento de que existe ingerência do Judiciário em competências do Executivo no que tange a questões orçamentárias parece estar muito mais ligada a questões de ordem cultural do que jurídica. É que, do ponto de vista jurídico, o orçamento é norma, e norma como qualquer outra. Não está acima, ao lado, ou abaixo de outras normas, portanto, se sujeitando à revisão judicial. Não se pode, portanto, reconhecer às normas orçamentárias uma inicialidade fundante que não possuem.¹⁸⁵

Frise-se que ‘políticas públicas’, apesar de não poderem ser tomadas como sinônimo de normas ou atos, são formadas por esses. É o escopo final e resultante dessas normas e atos.¹⁸⁶

Faim Filho entende que, a partir de várias decisões do STF, se percebe que o direito à saúde não é apenas um direito coletivo, mas um direito individual, podendo o cidadão bater às portas do Judiciário para ver seu direito respeitado. Tal se dá tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, outro direito fundamental constitucionalmente reconhecido. Em razão disso, para ele, quando o Judiciário resolve um caso sobre saúde, trazido por um cidadão, não ocorre uma verdadeira criação e instituição de política pública a partir do nada, transformando o Judiciário em legislador positivo, ao contrário da sua

¹⁸³ *Id.*, p. 1143.

¹⁸⁴ MAURICIO JR., *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ TUDISCO, *op. cit.*, p. 1144.

tradicional posição de legislador negativo, mas sim a mera aplicação de política pública de saúde estabelecida pelo poder constituinte. No Brasil, especificamente sobre a saúde, o STF tem dado aplicação integral a este direito, já que entende estar concedendo a efetividade a preceitos fundamentais autoaplicáveis por própria determinação constitucional.¹⁸⁷

A via própria para a requisição judicial envolvendo direitos sociais é indubitavelmente o ordinária. Isso se deve ao fato de que o procedimento ordinário é o que permite mais ampla dilação probatória, o que é essencial nesse tipo de feito. O mandado de segurança e a propositura de ação pelo sistema dos Juizados Especiais, por exemplo, não seriam as vias adequadas, em razão da série de provas e da complexidade fática normalmente envolvidas. A Ação Civil Pública também seria um meio viável. Outra coisa, a ação deve ser proposta preferencialmente contra o Município, havendo opção de propô-la também contra o Estado-membro, contudo, não deve ser proposta contra a União, posto que ela não tem o dever legal de prestar diretamente a saúde.¹⁸⁸

Atestados são inaceitáveis devido à sua precariedade, devendo o autor trazer um laudo médico, elaborado por médico do SUS, devido ao princípio da isonomia e da universalidade do sistema, salvo não existindo especialista no SUS para a questão. Em tal laudo deve constar, com detalhes, qual a doença, seu enquadramento, como o diagnóstico foi obtido, juntando os exames feitos, o seu prognóstico, o tratamento ou medicamento recomendado e a prova de sua aprovação pelos órgãos competentes nacionais, ou seja, de que não se trata de uma experiência.¹⁸⁹

Em caso de o medicamento ou o tratamento não ser fornecido pelo SUS, o médico deve esclarecer com mais detalhes porque naquele caso há essa necessidade especial e, tratando-se de um medicamento, qual o seu princípio ativo, não indicando uma marca específica, de forma a possibilitar ao Poder Público adquirir o que for de menor custo. Tratando-se de internação, exame ou tratamento, convém deixar ao gestor a escolha de como e onde realizá-la, sob pena de se ter que tirar um paciente do leito para colocar outro.¹⁹⁰

Ademais, no que tange à necessidade econômica, o autor deve juntar a prova de seus rendimentos e o juiz não deve deferir a tutela com ameaças de prisão, multa diária ou outras igualmente drásticas, bastando deferi-la sob as penas da lei. Frise, por fim, que o bloqueio de valores nas contas públicas tem sido admitido pela jurisprudência e que a prova é

¹⁸⁷ FAIM FILHO, *op. cit.*, pp. 1015-1016.

¹⁸⁸ *Id.*, p. 1019.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 1025.

¹⁹⁰ *Id.*, pp. 1025-1026.

essencial nesse tipo de processo, sob pena de prestação inadequada da jurisdição. Acrescente-se que o princípio da inversão do ônus de prova não é aplicável ao caso, posto que a relação com o Estado *latu sensu* é de império e não de consumo.¹⁹¹

Um dos argumentos utilizados por aqueles que contestam a atuação do Judiciário em questões político-orçamentárias é a previsão, constante no art. 196 da CF, dos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços de saúde, repetindo a regra geral da isonomia. Ocorre que a isonomia não significa tratar a todos exatamente igual, mas sim os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, como já decidiu o STF. Dessa forma, os que têm condições de arcar com suas próprias despesas devem fazê-lo, sob pena de o Estado não ter condições de ajudar os que realmente necessitam, pois a universalidade e isonomia totais inviabilizariam o sistema por torná-lo por demais complexo devido ao gigantismo que se imporia e exigiriam uma carga fiscal muito mais elevada do que a já insuportável que hoje existe. Contudo, a hipossuficiência não deve ter um sentido absoluto, mas sim relativo, ou seja, o custo do medicamento ou tratamento deve ser exacerbado para aquela pessoa, mesmo que em relação a outros critérios ela não seja considerada carente. Por exemplo, uma pessoa que possua uma renda regular de dez mil reais, mas que tenha, todo mês, que gastar treze mil reais com um medicamento é um a pessoa hipossuficiente.¹⁹²

Outro argumento utilizado é que a definição do que gastar, como e no que, seria tarefa exclusiva do Legislativo e do Executivo, este último principalmente, fazendo as escolhas que julgar pertinentes, de forma a não caber ao Judiciário ingerências nessas questões.

Faim Filho, contudo, não concorda com essa alegação. Para ele, esse tem sido um argumento muito utilizado pelo governo para demonstrar sua impossibilidade de cumprir decisões judiciais em matéria de saúde. Porém, cabe à Fazenda, no caso concreto, evidenciar a inviabilidade econômica do atendimento do pedido, não bastando simples negação, como é normal, passando isso a ser uma questão de prova. O que se observou na audiência pública realizada sobre esse assunto no STF, é que o argumento da reserva do possível é falacioso.¹⁹³

Cita, posteriormente, que o defensor público da União, André da Silva Ordacy, fez uma comparação de gastos, trazendo informações colhidas junto à imprensa, pela qual se comprova que o Governo Federal despendeu quarenta e oito milhões de reais em 2008, com

¹⁹¹ *Id.*, pp. 1026-1028.

¹⁹² *Id.*, pp. 1030-1031.

¹⁹³ *Id.*, p. 1034.

atendimento a decisões judiciais quando o gasto com propaganda governamental chegou quase à ordem de quatrocentos milhões de reais e o superávit primário do Governo Federal, em 2007, a R\$ 1,8 bilhão de reais¹⁹⁴; e que o ex-ministro, Jadib Jatene, na mesma audiência pública, afirmou, sem sofrer contestação, que o orçamento da União para a saúde em 2008 equivaleu ao de 1985, usando-se o índice FIP para fins de correção monetária, e que, em 1995, parte no orçamento da seguridade social da União destinada ao setor de saúde era de 22%, em 1998, de 18%, e em 2009 de 12%, ou seja, os recursos estão caindo. Enquanto isso, como o próprio Jatene lembrou, a população aumentou em trinta milhões de pessoas no mesmo período, bem como vem aumentando o envelhecimento e a incorporação tecnológica ultrapassa todos os parâmetros passados. Ademais, o MS noticiou que treze Estados-membros aplicaram menos do que o estabelecido pela Constituição em saúde. Mesmo no Estado de São Paulo, de 2000 a 2009, os gastos com saúde permaneceram inalterados, ou seja, 12,39% da receita, enquanto essa última aumentou mais de 159%.¹⁹⁵

Segundo dados publicados pela Folha de São Paulo, só em 2009, os Estados gastaram, somados, mais de um bilhão e quinhentos milhões de reais em propaganda, sendo que parte substancial desses valores teria sido destinado à publicidade institucional. Segundo o *site* Contas Abertas, só nos quatro primeiros meses do ano de 2010, o governo federal gastou quase trezentos milhões de reais com publicidade institucional. Ainda, em julho de 2010, a publicação inglesa *The Economist* veiculou uma reportagem, cuja ilustração mostrava o então presidente Lula distribuindo dinheiro, aduzindo que o Brasil estaria entre os países que mais transferiram recursos para os países pobres, ao lado de nações ricas como a Suécia e o Canadá. Pelos números da reportagem, as transferências feitas pelo Brasil, apenas em 2009, seriam da ordem de quatro bilhões de dólares.¹⁹⁶

Quando verificamos a existência desses números, temos a clara impressão de que argumentos da espécie: “*ao deferir a concessão de certo medicamento, o juiz acaba escolhendo quem morrerá*” ou mesmo no sentido de que “*o que está em jogo é o direito à vida de um lado e o direito à vida do outro*” são falaciosos.¹⁹⁷

Outra questão que sempre é levantada por aqueles que não concordam com esse ativismo judicial é que as determinações judiciais fazem com que o valor reservado à saúde no orçamento se reduza, o que, para Faim Filho, também não é fato, porquanto nenhuma regra

¹⁹⁴ ORDACY, André da Silva *apud* FAIM FILHO, *id.*, pp. 1034-1035.

¹⁹⁵ JATENE, Adib *apud* FAIM FILHO, *ibid.*

¹⁹⁶ TUDISCO, *op. cit.*, p. 1152.

¹⁹⁷ *Ibid.*

exige que as determinações judiciais impliquem redução das limitadas verbas destinadas à saúde, já que o gestor do orçamento pode lançar mão de outros recursos para executá-las sem causar tal dano, em razão de a lei orçamentária brasileira não ser considerada impositiva. Também, no caso, não se configuraria, como às vezes é alegado, crime de responsabilidade porque se estaria executando ordem judicial. Para o referido autor, um recurso simples seria computar essas determinações na rubrica ‘reserva de contingência’, a qual já deve ser prevista na LOA em virtude de exigência da LRF. Além disso, todos os direitos geram custos, e não apenas os de ordem financeira.¹⁹⁸

Para Novais, os direitos sociais e as liberdades individuais integram um único rol de direitos fundamentais de igual importância cuja garantia e capacidade de exercício devem ser propiciadas pelo Estado. Em nossa Constituição, a caracterização de um direito social – e a definição do seu núcleo, missão de alta complexidade e pouco consenso – depende do seu alcance e do seu objetivo, carecendo de homogeneidade. Por outro lado, é certo que a sua previsão constitucional, assim como a previsão de sua universalidade, faz surgir direitos públicos subjetivos, exigíveis individualmente e positivos na medida em que demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação e implicam custos públicos.¹⁹⁹

O que se vê é que os destinatários finais da política pública reclamam a sua participação não só na elaboração da medida, mas também na sua avaliação, requerendo a instituição de outros fóruns de participação, debate e questionamento.²⁰⁰

A construção realizada em nossa CF para o equilíbrio entre os poderes do Estado brasileiro fundamenta a legitimidade do Poder Judiciário. Ainda que haja claros objetivos para a consecução de políticas que efetivem direitos fundamentais sociais destinados aos Poderes Legislativo e Executivo, a partir do momento em que há omissão ou ineficiência na satisfação desses direitos fundamentais e na garantia da igualdade material entre os integrantes do corpo social, cabe ao Poder Judiciário rever o ato que visa implementar determinada política pública. Isso porque, além das disposições constitucionais quanto à harmonia dos poderes para a efetivação dos objetivos da República, são diversas as legislações infraconstitucionais que superaram a concepção de inviolabilidade do mérito do ato administrativo.²⁰¹

¹⁹⁸ FAIM FILHO, *op. cit.*, pp. 1037-1038.

¹⁹⁹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 1069.

²⁰⁰ *Id.*, p. 1070.

²⁰¹ *Id.*, p. 1072.

Para Andreas Krell, citado por Zanitelli, admitir a reserva do possível em um país pobre como o Brasil poria em sério risco a efetividade dos direitos fundamentais, além de levar à relativização de direitos invioláveis.²⁰²

Mendonça explica que a CF define direitos fundamentais cuja observância não é facultativa para o Poder Público. Em muitos casos, tais direitos são enunciados por normas de textura aberta, de modo que é possível discutir o conteúdo exato da obrigação imposta ao Poder Público. Embora a sintonia fina caiba preponderantemente aos agentes eleitos, como regra será possível identificar conteúdos mínimos em matérias de direitos fundamentais. A realização desses conteúdos não se encontra à disposição das majorias, e o Judiciário não age de forma ilegítima quando os protege, ainda quando a sua decisão venha a interferir no processo de alocação de recursos.²⁰³

Assim, deve-se afastar a ideia de que a atuação judicial na concretização de direitos sociais será sempre uma intervenção política. Um direito social concretizado não é menos jurídico do que o direito à repetição de um tributo inconstitucional ou a uma indenização pecuniária por danos materiais provocados por conduta de agente público. O Judiciário está sujeito a limites, em qualquer caso, e talvez estes sejam mais intensos do que os verificados na aplicação dos direitos individuais clássicos. Mas não se trata de mundos apartados. Também aqui se cuida do reconhecimento de direitos definidos pela ordem jurídica, e não de uma caridade do Estado.²⁰⁴

Há, assim, hoje, nos Tribunais Superiores, firme orientação jurisprudencial segundo a qual o direito à vida é um direito superior, que não pode ser contrastado com questões menores como as finanças públicas e o orçamento.²⁰⁵

²⁰² KRELL, Andreas *apud* ZANITELLI, Leandro Martins. **Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 188.

²⁰³ MENDONÇA, *op. cit.*, 2010b, p. 374.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ AMARAL, *op. cit.*, p. 130.

3.3.4. Crescimento efetivo das despesas públicas a partir de decisões judiciais na área da saúde: um fato inquestionável:

Apesar do crescente número de ações judiciais propostas em face do Poder Público com o objetivo de garantir o fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e procedimentos ou até mesmo a incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS, não existe um documento, em âmbito nacional, que quantifique a dimensão do fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da saúde, nem tampouco o seu impacto para todo o SUS. Isso se dá, em grande medida, pelo fato de que as ações propostas estão divididas entre a Justiça Federal e a Justiça de cada Estado da Federação, sendo que cada uma destas é um espaço autônomo de decisão, com organização própria e características de demandas, em certa medida, particularizadas.

Buscando preencher, pelo menos em parte, essa lacuna, a Consultoria Jurídica do MS, em 2012, desenvolveu um estudo, denominado “Intervenção Judicial na Saúde Pública”²⁰⁶, com vistas a apresentar um cenário das ações judiciais em todo País. Ante a inexistência de informações nos sistemas do MS relativamente às condenações voltadas exclusivamente aos Estados e Municípios, o referido documento apresenta um panorama das ações de saúde no âmbito da Justiça Federal e faz alguns apontamentos em relação à situação na seara estadual.

Nessa versão, disponibilizada na *internet*, são utilizados, essencialmente, os dados constantes dos sistemas do MS e, de modo subsidiário, os apurados em estudos acadêmicos sobre o assunto e os recebidos de outros órgãos públicos de algum modo envolvidos na discussão. Os dados referentes à União encontram-se atualizados até 2011. Já os relativos a Estados e Municípios, em sua maioria, aparecem limitados até o ano de 2010.

Verifica-se que há um longo trâmite para o efetivo cumprimento de decisões judiciais pelo MS, quando o pleito se refere à própria prestação do direito à saúde. Isso porque não se encontra entre as atribuições legais da União (conforme art. 16, da Lei nº 8.080/1990) a execução de ações e serviços dessa natureza, as quais são de responsabilidade do Município e, supletivamente, do Estado (consoante estabelecem, respectivamente, o art. 18, inciso I; e o art. 17, inciso III, do mesmo normativo legal anteriormente citado).

²⁰⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Intervenção judicial na saúde pública. Brasília: 2012. Disponível em: www.portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/.../Panorama.pdf. Acesso em 12 jan. 2013.

O cumprimento das decisões judiciais pela União se dá das seguintes formas: a) aquisição, diretamente pelo MS, do medicamento/insumo pleiteado; b) depósito do valor necessário à aquisição, pelo próprio paciente, do medicamento/tratamento médico demandado; e c) repasse aos Estados ou Municípios de parcela do valor do medicamento/tratamento, quando o paciente é por eles atendido.

A prioridade é dada para o atendimento pelo Estado ou Município que figure, juntamente com a União, como réu da ação, na medida em que essa é sistemática regular do SUS. Por essa razão, antes de adotadas medidas para o atendimento direto pelo ente federal, é realizada gestão junto aos correus, no intuito de identificar o cumprimento por qualquer deles e, com isso, evitar a duplicidade no atendimento da mesma decisão e, por consequência, desperdício das verbas públicas.

Conquanto não se tenha uma informação precisa do Poder Judiciário acerca da evolução do número de ações judiciais em trâmite na Justiça Federal, os dados constantes das tabelas alimentadas pelo MS indicam um crescimento progressivo no número de ações propostas, ano a ano.

A Consultoria Jurídica do MS atua em praticamente todos os processos judiciais em que a União figura como ré nas ações de saúde, para fornecimento de subsídios técnicos e orientação ao MS, quanto ao cumprimento das ações prolatadas. A tabela abaixo demonstra a evolução do número de novas ações no período 2009-2011:

Tabela 1: Processos da União em que a Consultoria Jurídica do MS atuou:

Ano	Quantidade de Ações
2009	10.486
2010	11.203
2011	12.811

Fonte: Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde

Contudo, nem todos os processos recebidos pela Consultoria Jurídica do MS geram dispêndio para atendimento das decisões judiciais. Primeiro, porque nem todos apresentam condenação da União (embora seja o caso da maior parte deles) e, dentre os que a possuem, uma parcela é atendida pelos Estados ou Municípios.

Destarte, o número de processos recebidos não se equivale ao número de processos que é encaminhado para a efetivação de compras. A tabela abaixo representa o número de novas aquisições de medicamentos realizadas no âmbito do MS, ano a ano, para atendimento de ações judiciais e o respectivo valor financeiro:

Tabela 2: Número anual e valor de aquisições de medicamentos realizadas no âmbito do MS:

Ano	Número de Aquisições	Gasto (em mil R\$)
2005	145	2.441,0
2006	413	7.600,6
2007	679	17.530,3
2008	2.273	47.660,9
2009	1.782	83.165,2
2010	1.294	124.103,2
2011	1.931	243.954,0

Fonte: Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde

Insta consignar que tais valores referem-se, tão-somente, aos gastos efetuados com a aquisição do medicamento pleiteado, não estando incluídos as quantias relativas às despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento (tais como publicações no Diário Oficial, desembolsos efetuados a transportadoras para entrega em domicílio, pagamentos de seguro para o transporte do medicamento e, quando o caso, custos com a importação, valores esses, conquanto acessórios, extremamente significativos).

Quanto aos valores gastos pelo MS para atendimento de decisões judiciais por meio de depósito judicial ou por meio de repasses aos Estados e Municípios, para que estes cumprissem a decisão judicial, apresento-os na tabela seguinte:

Tabela 3: Repasses efetuados pelo MS para Estados e Municípios:

Ano	Gasto (em mil R\$)
2005	116,5
2006	1.572,5
2007	2.417,6
2008	6.848,8
2009	12.622,9
2010	15.682,9
2011	22.106,7

Fonte: Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde

Embora não se possuam informações precisas acerca da intervenção judicial em saúde no âmbito estadual e municipal, pode afirmar que, nessas esferas, a situação é semelhante à observada no caso federal.

Nesse sentido, o trabalho desenvolvido pela Consultoria Jurídica do MS divulga informações obtidas junto aos Estados do Paraná e Santa Catarina, as quais transcrevo na tabela abaixo:

Tabela 4: Valores gastos por PR e SC no atendimento de ações judiciais de saúde:

(em mil R\$)

Ano	Gastos Paraná	Gastos Santa Catarina
2003	741,4	2.814,8
2004	3.377,3	6.510,0
2005	6.852,1	10.425,8
2006	12.418,9	28.922,5
2007	15.780,8	47.061,2
2008	19.336,6	65.276,9

2009	35.004,4	76.485,5
2010	35.718,7	93.406,3

Fonte: Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde

Fernando Facury Scaff, citado por Tudisco, ainda, dá conta que em 2006 o valor despendido pelo Estado do Rio Grande do Sul nesse tipo de demanda positiva (no caso, especificamente, a concessão de remédios) foi da ordem de treze milhões de dólares. O mesmo número gasto pela União nos primeiros meses de 2007, fazendo, também, menção a uma reunião de Governadores ocorrida em 2007, ocasião em que o MS, à época, afirmara que os Estados gastam em média duzentos e cinquenta milhões de dólares por ano com esse tipo de decisão judicial.²⁰⁷

Ainda, segundo notícia veiculada no jornal ‘Valor Econômico’, de 16 de agosto de 2007, 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Estado gaúcho tem sido comprometido com a compra de medicamentos por ordem judicial. A grande maioria desses recursos é empregada para a compra de novos medicamentos para combate ao câncer.²⁰⁸

Bittencourt e Graça demonstram que os custos das sentenças e outras despesas judiciais para todo o orçamento público no Brasil apresentaram tendência crescente em termos reais de 2003 a 2005, tendo crescido 47,16% no período. Também se concentraram no nível federal, com 70,26% dessas despesas entre 2003 e 2005, ficando 22,35% no nível estadual e 7,39% no municipal. Dadas as limitações relativas ao número de municípios consolidados, os autores concluem que a parcela municipal encontra-se subavaliada.²⁰⁹

Continuando a explicação, os mesmos autores emitem a informação de que, no período considerado (2003-2006), as despesas judiciais representaram um montante entre 1,23% e 1,60% das despesas financeiras consolidadas dos três entes de governo, sendo que na União esse montante se apresentava maior, começando com 1,58% para 2003 e concluindo 2006 com 2,05%. Valores aparentemente pequenos, mas sistematicamente superiores, por

²⁰⁷ SCAFF, Fernando Facury *apud* TUDISCO, *op. cit.*, p. 1151.

²⁰⁸ AMARAL; MELO, *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁹ BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. **Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 203.

exemplo, a toda a despesa do Ministério dos Transportes e diversos outros Ministérios finalísticos, como os do Meio Ambiente, da Agricultura ou da Ciência e Tecnologia.²¹⁰

Resta, portanto, comprovado claramente pelas informações acima, que o ativismo judicial envolvendo questões de saúde tem sido cada vez maior, ocasionando, por consequência, gastos também crescentes para a União, Estados e Municípios. Como já exposto neste trabalho, não se pode creditar o aumento dessas despesas somente ao crescimento no número de ações, já que o fator mais relevante para o aumento dos custos com saúde em todo o mundo é o contínuo progresso da tecnologia médica. Contudo, não restam dúvidas de que esse motivo é um dos mais preponderantes para justificar essa situação fática.

CONCLUSÃO : Uma análise sistemática

O orçamento público é um instrumento bastante complexo, em que as questões não podem ser tratadas de um ponto de vista somente jurídico, porquanto é extremamente ousado debater questões orçamentárias apenas sob a perspectiva do Poder Judiciário, quando sabemos que a proeminência, neste campo, pertence aos demais Poderes, principalmente ao Executivo.

Destarte, a pesquisa foi empreendida considerando os três Poderes da República e se aprofundou em alguns pontos fundamentais ao entendimento do sistema orçamentário brasileiro, permitindo o alcance de algumas importantes conclusões, as quais são destacadas a seguir:

A teoria da separação dos poderes moderna nasceu com John Locke e foi aperfeiçoada por Montesquieu, por meio do sistema de *checks and balances*, ou de freios e contrapesos, atualmente adotado pela Constituição brasileira.

Esse sistema foi criado inicialmente com o objetivo exclusivo de proteção da liberdade, contudo, hodiernamente, destaca-se a sua finalidade de aumento da eficiência estatal. Também, como não existe fórmula universal, apriorística e completa, devem ser desprezadas as concepções abstratas ou experiências concretas vividas por outros países e ser

²¹⁰ *Ibid.*

considerado, no caso brasileiro, o modelo concebido e desenvolvido pela Constituição Federal de 1988.

Atualmente, adota-se em quase todos os países, inclusive no Brasil, o orçamento-programa. Contudo, quando verificamos sérias deficiências em nosso sistema de planejamento, em que o PPA é continuamente modificado a partir da LOA ou por meio de outras leis ordinárias; em que há um elevado grau de vinculação de receitas e um absurdo volume de despesas obrigatórias, ficam, de fato, bastante comprometidos vários de seus aspectos.

A ausência da publicação da Lei Complementar prevista no § 9º, do art. 165, que deveria dispor sobre o exercício financeiro, sua vigência, prazos para elaboração e organização dos instrumentos de planejamento e normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, fez com que a Lei nº 4.320/1964 fosse recepcionada pela CF e continue em vigor. Esse fato é pernicioso para o sistema orçamentário brasileiro, na medida em que a Lei nº 4.320/1964 não abrange todas as questões a serem tratadas pela lei ainda não editada, obrigando a complementação de alguns desses assuntos pela LDO. Ademais, muito embora, na época de sua criação, a Lei nº 4.320/1964 tenha representado um grande avanço, hoje não se ajusta plenamente ao sistema orçamentário previsto na Constituição Federal em vigor.

O Poder Legislativo teria condições de influenciar de uma maneira mais efetiva as decisões orçamentárias, caso as tratasse, tanto na fase de aprovação da lei orçamentária como, também, na fase de controle de sua execução, de uma forma mais responsável, cumprindo, de fato, o seu papel constitucional. Infelizmente, não o faz, preferindo os parlamentares discutirem questões de seu próprio interesse, pouco se preocupando com as reais necessidades nacionais.

Na busca de verem aprovadas as suas emendas individuais, os parlamentares empregam todos os meios a seu alcance com vistas a mantê-las no projeto de lei orçamentária e pouco, ou quase nenhuma atenção, dispensam à proposta como um todo. Dessa forma, a LOA passa a se constituir, na verdade, na imposição da vontade do Executivo, restando ao Legislativo o mero papel de homologador dos interesses do Governo.

Em razão disso, existe uma forte corrente que defende a extinção das emendas parlamentares individuais, sob o argumento de que elas apenas estimulam o clientelismo, ocasionando uma promíscua relação de troca de favores com o Poder Executivo, além de

dificultar a formulação de políticas públicas de maior importância e, com isso, de um verdadeiro orçamento-programa.

Verificou-se, ainda, que a doutrina majoritária entende que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, continuamos a vivenciar a existência de orçamentos fictícios, em razão de vários motivos:

- a) constante superestimação ou subestimação de receitas;
- b) instituição excessiva de fundos;
- c) exacerbada presença de despesas obrigatórias;
- d) aprovação de orçamentos anuais sem a observância dos prazos constitucionais, fazendo com que, inúmeras vezes, se tenham iniciado novos exercícios financeiros sem que a lei orçamentária correspondente estivesse sancionada;
- e) irrelevantes alterações efetuadas pelo Legislativo nas propostas orçamentárias encaminhadas pelo Executivo, o que exemplifica bem a pouca importância conferida pelo Congresso ao orçamento;
- f) uso impróprio, pelo Executivo, de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários, sob a alegação indevida de situações urgentes e relevantes;
- g) ocorrência do incrementalismo orçamentário, prática de elaboração orçamentária caracterizada pela reprodução, para o novo exercício, do orçamento passado, com meros ajustes marginais, o que denota completa falta de planejamento e avaliação orçamentários;
- h) elevados contingenciamentos de despesas por parte do Poder Executivo, muitas vezes sem motivos plausíveis;
- i) necessidade de geração de superávits primários sob o pretexto de se controlar a dívida ativa, diminuindo a margem de atuação dos Poderes constituídos; e, finalmente;
- j) existência do presidencialismo de coalizão como instrumento de negociação de apoio à aprovação, pelo Congresso Nacional, de medidas de interesse do governo, mediante o controle sobre a liberação de emendas parlamentares ao orçamento.

Conquanto seja predominante, na jurisprudência, o entendimento de que a lei orçamentária anual se trata de mera lei formal, tem se fortalecido, na doutrina, a defesa do orçamento como uma lei material como outra qualquer. Entretanto, a avaliação quanto à

realidade dos fatos deve ser considerada como mais importante do que a preocupação sobre se a LOA é formal ou material, porquanto nem se deve deixar ao livre arbítrio do administrador eleger o que pode ou não ser efetivado; como também não se pode obrigá-lo a cumprir cegamente a lei orçamentária aprovada nas situações em que isso não seja possível.

Ainda em relação à discussão sobre o caráter formal ou material, o STF vem alterando o seu entendimento anterior de que seria inadequada a via abstrata para o controle da constitucionalidade de leis de efeitos concretos, como é o caso das leis orçamentárias. Isso porque, se consideradas afastadas da fiscalização abstrata, certas espécies de leis dificilmente seriam fiscalizadas também no âmbito da jurisdição ordinária, já que, em muitos casos, não envolveriam situações subjetivas. Ficariam, portanto, livres de qualquer forma de apreciação judicial, ainda que violassem dispositivos da Constituição Federal.

Debatendo agora a questão do caráter autorizativo ou vinculativo do orçamento, bastante ligada à anterior, existe uma série de razões que não possibilitam a execução da lei orçamentária anual exatamente como aprovada pelo Legislativo. Dentre elas, destacam-se:

- a) a distinção existente entre os diversos créditos consignados na LOA quanto à obrigatoriedade de realização;
- b) a necessidade de qualquer objetivo, plano, programa ou meta ser revisado, a partir do momento em que se comprove inadequado ou não mais necessário;
- c) a existência de situações que impedem o início ou atrasam o prosseguimento e a conclusão de obras e serviços;
- d) a possibilidade de receitas que financiariam as despesas não se realizarem por inúmeros motivos;
- e) o risco de ocorrência de crises ou calamidades, obrigando a realocação de recursos; e;
- f) o caráter técnico-político que permeia a execução do orçamento.

Dessa forma, é praticamente inviável a implementação de um orçamento impositivo. Pelo menos de um ponto de vista extremo, em que o Governo estaria obrigado a executar integralmente a programação orçamentária definida pelo Congresso Nacional. Uma visão intermediária de orçamento impositivo, modelo seguido pelos Estados Unidos, em que, para a não execução de parte da programação, exige-se a obrigatória anuência do Congresso Nacional, talvez fosse a mais aceitável. Versões mais flexíveis, por sua vez, determinam a

obrigatoriedade de o Executivo implementar apenas uma parte do orçamento, deixando alguma margem ao administrador público para decidir sobre a realização ou não de alguns programas e ações.

O fato é que, no Brasil, alguma medida precisa ser adotada em relação a esse assunto. Hoje, o que se observa, é o entendimento de que o orçamento é meramente autorizativo, com permissão para não gastar sem qualquer motivação, ou seja, o Executivo contingencia ou deixa de realizar as despesas e não dá qualquer conhecimento do fato ao Legislativo.

Essa situação é grave porque os recursos não gastos ficam impedidos de serem utilizados em outras despesas. Assim, atualmente, o que o administrador público pode fazer em razão do orçamento autorizativo é decidir não fazer nada. Se quiser, contudo, redistribuir o dinheiro público de uma atividade para outra, terá que seguir algum procedimento formal.

Sobre este aspecto, o juízo que prevalece hoje em boa parte da doutrina, apesar da sua não observância na prática, é o de que já existem, no próprio sistema orçamentário estabelecido pela CF de 1988, mecanismos que obrigam a execução da despesa pelo Executivo conforme aprovada pelo Legislativo, não sendo necessária, portanto, qualquer alteração constitucional para resolver este problema. A não efetivação das despesas aprovadas somente poderia ocorrer em casos excepcionais e justificados. Os argumentos para isso são inúmeros:

a) o orçamento anual deixa de possuir meramente interesse governamental e identifica o sólido compromisso quanto ao cumprimento dos objetivos nele consignados, pois a simples fixação da despesa gera a expectativa, na população interessada, da sua execução;

b) a expressão “autorização”, no contexto da aprovação legislativa do orçamento da despesa, significa que ao Poder Executivo cabe realizar determinada programação de trabalho, e não outra; sendo, portanto, bastante distinta de uma interpretação de “autorização” como uma liberalidade concedida ao Executivo para, a seu critério, decidir se realizará ou não a despesa prevista;

c) o governante já não pode mais elaborar o ‘seu’ orçamento, pois o orçamento é um produto democrático, em que deve ser bastante considerada a participação popular e a do Legislativo;

d) a supremacia dos direitos humanos e a busca da justiça devem determinar a confecção da peça orçamentária;

e) considerando que a CF de 1998 criou um sistema orçamentário, com a presença de três leis interligadas, a LOA, a LDO e, indiretamente, o PPA fornecem os parâmetros jurídicos necessários à delimitação da amplitude do poder discricionário da Administração Pública. Em síntese, não faz nenhum sentido o delineamento de todo um sistema orçamentário calcado no planejamento e na afirmação do direito à transparência da gestão fiscal se as dotações não tivessem que ser observadas;

f) com o advento da LRF, a não execução de determinada despesa só poderia acontecer caso houvesse risco de não se alcançar a meta fiscal. Nas demais situações, a execução dos créditos seria obrigatória.

Caso o Parlamento viesse cumprindo adequadamente a sua competência constitucional, participando ativamente do processo de elaboração e construção dos orçamentos, e contando, para isso, com a efetiva participação da sociedade civil organizada nos debates travados durante o processo de discussão das leis, essa discricionariedade de não gastar poderia ser mais controlada e até mesmo contestada pelos órgãos institucionais.

Em países em que já se adquiriu a consciência política da relevância do orçamento público, os cidadãos e as instituições participam ativamente do processo de alocação e utilização dos recursos públicos. Portanto, é necessário que o cidadão brasileiro conquiste o orçamento, tornando-o, de fato e de direito, o que ele deveria ser, afastando a hoje clara hipertrofia do Executivo nessa área.

A elaboração do orçamento participativo, por exemplo, significa a possibilidade do exercício da cidadania ativa, possibilitando aos cidadãos a sua influência nas decisões políticas. A LRF prevê expressamente que a transparência também será assegurada mediante incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, leis de diretrizes e orçamentos.

O controle social do orçamento público no âmbito local aproxima as decisões governamentais do genuíno anseio popular, tornando a ação estatal mais efetiva. Como resultado, alcança-se maior racionalização e eficiência de ações governamentais na esfera administrativa.

Resumindo, medidas devem ser tomadas visando à correção de três grandes deficiências do orçamento brasileiro: hiperdominação executiva, subalternidade parlamentar e alijamento da sociedade em face do processo decisório.

Nesse sentido, é ponto pacífico que o acompanhamento da execução orçamentária é fundamental. Se verificado, por exemplo, pelo Legislativo ou pela população, que uma dotação que poderia ter sido utilizada em uma ação de saúde deixou de ser executada sem qualquer motivação, o gestor poderá vir a ser responsabilizado.

Assim, diante do que vimos até o momento, é possível se chegar às duas primeiras conclusões sistemáticas quanto ao tema tratado.

A primeira é a de que o caráter autorizativo da lei orçamentária anual é apenas aparente, tendo em vista a sistemática criada pela Constituição Federal de 1988. O constituinte originário previu claramente a vinculação da LOA a um processo de planejamento, que condiciona a elaboração das propostas orçamentárias, a aplicação dos recursos consignados nas dotações orçamentárias e o controle dos gastos efetuados.

A segunda, é a de que os Poderes Executivo e Legislativo, além de não estarem cumprindo corretamente as suas competências constitucionais, também não vêm considerando adequadamente, quando da confecção da peça orçamentária, pelos diversos motivos expostos, os objetivos e valores fundamentais da República, instituídos no art. 3º, da CF. Em razão disso, a LOA não consegue contemplar, de forma conveniente, os direitos e garantias fundamentais previstos na CF.

Feitas essas análises preliminares, quanto ao entendimento que deve ser dado à questão orçamentária brasileira, com base nos dois primeiros capítulos do trabalho, passa-se agora à discussão das razões do aumento do ativismo judicial em matéria orçamentária.

Inicialmente, abro um parêntese para fazer uma importante observação. Incluí, no trabalho, um tópico específico (3.3.4) a fim de comprovar, por meio de dados e informações, o crescente aumento das despesas públicas na área de saúde geradas a partir de decisões judiciais. Quanto a isso, não existem dúvidas. Ano a ano vem crescendo o volume desse tipo de despesas.

Partindo-se dessa premissa, resta, portanto, apenas determinar se essa intervenção é acertada ou não.

A dignidade humana não é um privilégio de apenas algumas pessoas escolhidas por razões étnicas, culturais ou econômicas, mas sim um atributo de todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de ser humano.

Os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal, pois estão elencados na Constituição Federal, possuindo o *status* de norma constitucional; quanto em sentido material, porquanto são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora a CF não elenque o direito à saúde no seu art. 5º, evidentemente ele é um direito fundamental, tanto que, sem ele, não há como garantir o direito à vida, este previsto expressamente no *caput* do art. 5º, como sendo inviolável. Essa característica também foi reconhecida pelo STF em vários de seus julgados.

Uma concepção satisfatória de direitos fundamentais sociais somente pode ser obtida com relação a uma ordem constitucional concreta, pois o que é fundamental para uma sociedade pode não o ser para outra, ou não o ser da mesma forma, o que não afasta a necessidade de se considerar a existência de uma fundamentalidade natural de certos valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana, embora também estes valores careçam de uma adequada contextualização, especialmente quando se cuida em transformá-los em realidade.

Com a instituição da DRU, o Governo Federal acabou por retirar recursos que seriam destinados à implementação de direitos sociais. Em razão disso, a sua constitucionalidade é questionada, não havendo um consenso na doutrina sobre o assunto. Há alguns que a admitem tranquilamente em relação aos impostos, dado o seu caráter de tributo desvinculado, mas a condenam em relação às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, em razão da clara característica de tributos vinculados que elas possuem. Um último entendimento é considerar-se a DRU manifestamente inconstitucional, dado violar flagrantemente o núcleo essencial da separação dos poderes, da legalidade orçamentária, do princípio democrático e do princípio republicano, que exige a transparência e a racionalidade na gestão de todos os recursos públicos.

Políticas públicas representam um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. É importante para a discussão sobre a questão do ativismo judicial porque, para muitos, é uma atribuição típica do Poder Executivo, não sendo conveniente, nelas, uma intervenção do Judiciário, em razão deste não dispor de condições técnicas para avaliá-las convenientemente. Ademais, as políticas públicas submetem-se a um ambiente de escassez de

recursos públicos, exigindo-se, em razão disso, uma adequada hierarquização de prioridades diante dos problemas existentes.

Outro entendimento importante é o de que toda e qualquer ação governamental, seja ela positiva ou negativa, envolve dinheiro público e, portanto, não sai de graça. Cite-se, como exemplo dessa afirmação, a manutenção, pelo Estado, do Poder Judiciário, que acaba se constituindo em um custo constante e fixo, sendo seus serviços acionados ou não pelos cidadãos. Daí ser importante o estabelecimento de critérios para uma hierarquização de prioridades alocativas.

Contudo, vislumbram-se algumas situações que denotam claramente que, no caso do orçamento brasileiro, não se tem sopesado corretamente as alternativas possíveis. Isso pode ser facilmente comprovado ao se observar a ocorrência de excessivos gastos com propaganda governamental, publicidade institucional ou com a transferência de recursos a título de doação para outros países, ao mesmo tempo em que se verifica, por exemplo, que, proporcionalmente, o orçamento de 2008 da União, para a área da saúde, correspondeu ao mesmo de 1985, apesar do considerável crescimento populacional ocorrido no período ou que vários Estados ainda hoje aplicam, na saúde, uma quantidade menor de recursos do que o mínimo estabelecido constitucionalmente.

As definições de mínimo existencial são inúmeras, sendo impossível se estabelecer, de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares constitutivos. Um conceito considerado bastante razoável é aquele que o define como o direito subjetivo a prestações sob a premissa da garantia da dignidade da pessoa humana. Destarte, sempre que os argumentos limitadores da eficácia dos direitos fundamentais colidirem com valores maiores, como a vida, resultará na prevalência do respectivo direito social.

Assim, a proteção do mínimo existencial não dependeria da reserva do possível, pois a sua fruição goza de autonomia em relação ao orçamento de políticas públicas, ao contrário do que ocorre com alguns outros direitos sociais, e não estaria, portanto, para a sua implementação, submetido à discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Ao contrário, consoante a reserva do possível, conceito originado do direito alemão, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado. Representaria, em outra definição, aquilo que o indivíduo poderia exigir razoavelmente da sociedade. Esse limite deveria ser considerado para não inviabilizar todo o sistema, dada a limitação dos recursos existentes.

Aqueles que criticam a interferência do Judiciário em questões orçamentárias elencam uma série de motivos, dentre os quais se destacam:

a) ocorre uma indevida ordenação de despesas pelo Judiciário, o que importa em gastos não previstos no orçamento e na alteração das prioridades governamentais;

b) o Judiciário não detém a capacidade técnica necessária para tanto, uma vez que não seria estruturado para considerar realidades macroeconômicas e ponderar sobre os possíveis efeitos desse tipo de decisão. O Executivo, enquanto ente arrecadador, teria mais condições de estimar o volume futuro de receitas, alocando-as da maneira mais conveniente ao interesse público. Assim, seria o Poder Judiciário incapaz de lidar com questões de macrojustiça, limitando-se a soluções apenas em casos concretos;

c) esse Poder também não dispõe de legitimidade democrática para formular escolhas acerca do melhor emprego dos recursos públicos escassos;

d) ademais, o art. 196 da CF explicita como garantia do direito à saúde, “políticas sociais e econômicas”. Estas, por sua vez, devem visar, segundo a Constituição, “*ao acesso universal e igualitário*”. Ou seja, o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter coletivo.

Embora as argumentações utilizadas pela corrente que não admite a intervenção judicial sejam bastante consideráveis, no caso brasileiro não há como sobrepor-las àquelas que justificam a interferência do Poder Judiciário, devidamente detalhadas no item 3.3.3 deste trabalho.

Vimos que quanto maior o caráter social do Estado delineado pela Constituição, como é o caso brasileiro, maior será a intervenção do Poder Judiciário na esfera política de atuação estatal. Isso se dá, pois, ampliando-se o rol de direitos assegurados, aumenta-se, invariavelmente, a legitimidade pela exigibilidade desses mesmos direitos. Portanto, a interferência, na política, do Poder Judiciário, não representa uma afronta à tripartição de Poderes e o argumento, utilizado por alguns, de que existe ingerência do Judiciário em competências do Executivo, no que se refere a questões orçamentárias, parece estar muito mais ligada a questões de ordem cultural do que jurídica.

Também, o quadro de escassez financeira não pode ser utilizado como argumento à preterição dos direitos fundamentais garantidores da dignidade humana, principalmente quando se constata que a carência de recursos não é absoluta, mas tão somente relativa, ou

seja, normalmente faltam recursos para atender determinado direito social fundamental em razão de opções políticas inadequadas e desarrazoadas adotadas pelos gestores públicos.

Conclui-se, portanto, que, dado o atual quadro de quase completo domínio do Executivo no que tange à aprovação do orçamento anual, além da diminuta participação popular e do Legislativo na definição das prioridades orçamentárias, vem aumentando, gradativamente, o papel ativo do Poder Judiciário em relação à alocação de recursos envolvendo políticas públicas e questões orçamentário-financeiras.

Como a sociedade não tem podido se manifestar adequadamente na fase de produção da lei orçamentária e considerando que, na peça orçamentária aprovada, não foram debatidas as grandes questões nacionais, o cidadão vê-se obrigado a se socorrer ao Poder Judiciário a fim de ver seus direitos atendidos.

Pode-se, com isso, estabelecer uma terceira importante conclusão sistemática: o aumento nas demandas judiciais na área orçamentária pode ser creditado à má qualidade das peças orçamentárias geradas, em que um grande volume de recursos é destinado a áreas de pouca importância e em que são consignadas verbas insuficientes para atender, minimamente, direitos fundamentais sociais, como é o caso da saúde.

Por essa razão, os cidadãos, por meio do Judiciário, e no contexto do entendimento moderno da teoria da Separação dos Poderes, procuram aumentar a eficiência de um orçamento público fragilizado, buscando obter os direitos que já deveriam estar contemplados na peça orçamentária aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo.

Uma última observação: mesmo considerando que foi analisado com mais ênfase, neste trabalho, o sistema orçamentário federal e que as despesas relativas à saúde devem constar prioritariamente nos orçamentos dos entes estatais e municipais, essa terceira conclusão sistemática ora estabelecida pode ser perfeitamente aplicada.

Isso porque as promíscuas relações entre Executivo e Legislativo também se encontram presentes nessas esferas de poder. Além disso, nelas podemos observar, com grande facilidade, a ocorrência de mais deficiências estruturais do que as apresentadas no nível federal, a exemplo do normalmente baixo nível técnico do pessoal envolvido com a seara orçamentária e da fragilidade dos sistemas de planejamento existentes. Por essas razões, pode-se concluir que, em média, as peças orçamentárias geradas a nível municipal e estadual possuem uma qualidade inferior àquelas implementadas pela União.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal**. 2. Ed. Brasília: Editora Gestão Pública, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público: função de controle do parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSONI FILHO, Sérgio. **Controle de constitucionalidade da lei orçamentária**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. Ed. Rev. e Atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. **Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 jan 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011**. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 jan 2013.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 jan 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 jan 2013.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 jan 2013.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais:**

orçamento e reserva do possível. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CATAPANI, Márcio Ferro. **A discricionariedade do poder executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O orçamento público e o supremo tribunal federal.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Orçamento impositivo.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. **A judicialização da saúde e seus reflexos orçamentários.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política orçamentária no presidencialismo de coalizão.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

GIACOMONI, James. **Orçamento público.** 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes Lima. **Algumas observações sobre o orçamento impositivo no brasil.** Disponível em: <www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/56/66>. Acesso em 7 jan. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Marcelo Guerra. **As vinculações das receitas públicas no orçamento. A desvinculação das receitas da união (dru). As contribuições e a referibilidade.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAURICIO JR., Alceu. **Revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Intervenção judicial na saúde pública.** Brasília: 2012. Disponível em: <[www. portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/.../Panorama.pdf](http://www.portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/.../Panorama.pdf)>. Acesso em 12 jan. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 17. Ed. Atual. São Paulo: Atlas, 2005.

NAGATA, Bruno Mitsuo. **A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOVAIS, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamento público.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** 4. Ed., Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado.** 7. Ed., Rev. e Atual. São Paulo: Método, 2011.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito financeiro**. 6. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. **Contribuintes e cidadãos: compreendendo o orçamento federal**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. (Coord.) **O orçamento público e a transição do poder**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

REZENDE, Fernando. **Planejamento no brasil: auge, declínio e caminhos para a reconstrução**. In: CONTI, Cardoso Jr. (Coord.). **A reinvenção do planejamento governamental no brasil**. série diálogos para o desenvolvimento. Vol. 4. Brasília: IPEA, 2011.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SABBAG, César de Moraes. **Breves considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTANA, Izaias José de. **O princípio da separação dos poderes e a implementação das políticas públicas no sistema orçamentário brasileiro**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF,

Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTANA, José Lima; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. BLIACHERIENE, Ana Carla (Coord.). **Direito financeiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS, Maria Helena de Castro; MACHADO, Érica Máximo; ROCHA, Paulo Eduardo Nunes de Moura. **O jogo orçamentário da união: relações executivo-legislativo na terra do *pork-barrel***. In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (Coord.). **Reforma do estado e democracia no brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SLOMSKI, Valmor; PERES, Ursula Dias. **As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TUDISCO, Flavio. **Direito, política e orçamento: enfrentamento de dogmas contingentes** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2. Ed., Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.